



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

**INTERPRETACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.
ANÁLISIS DEL PAPEL DEL JUEZ
EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

**PRESENTA:
GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN**

TUTOR PRINCIPAL: FERNANDO SERRANO MIGALLÓN
FACULTAD DE DERECHO
MIEMBRO DE COMITÉ TUTOR: LORENZO CÓRDOVA VIANELLO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO D.F. SEPTIEMBRE DE 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MARIANA

**“DE UN LADO ESTÁ EL MUNDO, CON SUS JUICIOS, SUS ASESINOS,
SUS ACUSADOS DISPUESTOS A JURARLO TODO, SUS ODIOS Y SUS MISERIAS;
DE OTRO LADO SE ENCUENTRA LA LEY, CON SU MAQUINARIA,
SUS RITUALES PREESTABLECIDOS, SUS NORMAS, SU ORDEN Y SUS MANERAS;
Y POR ÚLTIMO ESTÁ EL JUEZ, QUE DE TODA ESA MATERIA MUERTA,
VIVA Y CRUDA DEBE DESTILAR ALGO,
ALGO QUE SEGÚN LA FÓRMULA QUÍMICA DE LAS LEYES CORRESPONDA A LA VERDAD.”**
DIVORCIO EN BUDA, SÁNDOR MÁRAI

ÍNDICE

ABREVIATURAS.	VII
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I. FRAGMENTACIÓN JUDICIAL EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	4
1.1 Reflexiones sobre el nuevo derecho internacional público.....	5
1.2 El informe sobre Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.....	10
1.2.1 Del universalismo al regionalismo en el derecho internacional.....	11
1.2.2 Del derecho internacional general al derecho internacional especial. La existencia de regímenes especiales.....	15
1.2.3 La fragmentación del derecho internacional como pluralismo jurídico mundial.....	20
1.3 Globalismo judicial: camino hacia las instituciones supranacionales.....	21
1.3.1 Entre el monismo y el dualismo o el pluralismo jurídico, y el globalismo judicial <i>kelseniano</i>	26
1.3.2 Del individuo como sujeto del derecho internacional al constitucionalismo global.	31
1.3.2.1 El individuo como “persona” en el derecho internacional público.	32
1.3.2.2 Hacia el constitucionalismo global y la protección de los derechos fundamentales.	40
1.4 La superación del globalismo judicial por la fragmentación judicial internacional.....	46
1.5 De las causas de la diversificación judicial internacional, sus problemas y las posibles soluciones.	52
1.5.1 Elección del foro más favorable o <i>forum shopping</i>	53
1.5.2 Posibilidad de sentencias contradictorias y normas internacionales en conflicto	56
1.5.3 Jerarquía entre cortes y tribunales internacionales.	60
1.6 El derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia y la coherencia del derecho internacional.	64

CAPÍTULO II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO RÉGIMEN AUTÓNOMO (ESPECIAL) DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.....	70
2.1 De la Carta Magna (1215) a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	71
2.2 Los derechos humanos y el discurso del individualismo. El olvido del “otro”.	79
2.3 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: sus normas.	83
2.3.1 El ámbito universal del derecho internacional de los derechos humanos.	84
2.3.1.1 Los mecanismos de control de los tratados de derechos humanos, en el ámbito universal.	89
2.3.2 De los tratados a la costumbre internacional. El retorno de las normas consuetudinarias.	92
2.3.2.1 La costumbre internacional como fuente del derecho.	93
2.3.2.2 los derechos humanos y la <i>opinio iuris</i> internacional.	101
2.3.2.3 El rol del juez de derechos humanos en la formación de la costumbre internacional.	106
2.3.3 El <i>ius cogens</i> , las obligaciones <i>erga omnes</i> y los derechos humanos.	108
2.3.4 La importancia del <i>soft law</i> en el derecho internacional de los derechos humanos.	117
2.4 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: sus órganos jurisdiccionales.....	120
2.4.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa.	122
2.4.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de Estados Americanos.	125
2.4.3 Las diferencias y semejanzas: un análisis comparado. Integración y cooperación.	126
2.4.3.1 Jurisdicción contenciosa: ¿facultativa u obligatoria?	128
2.4.3.2 Acceso al tribunal. <i>Locus standi</i> y <i>ius standi</i>	129
2.4.3.3 Reparaciones.	132
2.4.3.4 Ejecución de sentencias.	138
2.5 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: ¿la ausencia de límites?.....	140
2.5.1 Sobre el discurso excesivo de los derechos humanos: el nacimiento de la religión (y la idolatría).	141
CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO: REVISIÓN METODOLÓGICA DESDE UNA VISIÓN INTERNACIONALISTA.....	145
3.1 El derecho internacional como lenguaje (jurídico) y el <i>aguijón semántico</i> internacional.	148

3.2 Interpretación en el derecho internacional: ¿actividad cognitiva o proceso creativo?.....	154
3.3 La interpretación del derecho internacional: objeto (el derecho interpretable).....	163
3.3.1 La interpretación en el derecho internacional: la referencia necesaria al canon interpretativo de la <i>Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969</i>	165
3.3.2 La interpretación en el derecho internacional: el derecho no convencional.	173
3.4 La interpretación del derecho internacional: sus intérpretes.	179
3.5 La interpretación del derecho internacional: sus métodos. El reino de la voluntad de los partes.	183
3.5.1 La interpretación literal e interpretación teleológica (correctora).	185
3.5.2 Interpretación teleológica: extensiva, restrictiva (<i>in dubio mitius</i>).	189
3.5.3 Interpretación teleológica: el efecto útil.	191
3.5.4 Interpretación teleológica en relación al tiempo: inter – temporal o evolutiva.....	194
3.5.5 Interpretación teleológica: la interpretación pro persona (humana) y conforme a tratados de derechos humanos.	202
3.6 La fragmentación del derecho internacional: los métodos especializados de interpretación de los regímenes autónomos y la interpretación sistémica.	211

CAPÍTULO IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL A NIVEL INTERNACIONAL: UNA REFERENCIA A LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA..... 219

4.1 La función judicial a nivel internacional. Las decisiones judiciales como fuente del derecho. ...	222
4.1.1 De la interpretación del derecho a la discrecionalidad judicial internacional en el marco de la argumentación jurídica.	229
4.1.1.1 Sobre qué es argumentar y qué es argumentar jurídicamente.....	230
4.1.1.2 Evidencia de la discrecionalidad judicial internacional.....	234
4.2 La discrecionalidad judicial y el derecho internacional de los derechos humanos: el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	241
4.2.1 La noción del conflicto entre derechos y el margen de apreciación nacional “nacional” como evidencia de la discrecionalidad judicial.	244
4.2.2 El discurso sobre libertad religiosa y derecho a la educación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Del <i>Leyla Sahín</i> al <i>Lautsi</i>	252
4.2.3 La protección a la vida privada en las sentencias <i>Odièvre</i> y <i>Evans</i>	260
4.2.4 La función del juez en el sistema europeo de protección de derechos humanos.	269
4.3 La discrecionalidad judicial y el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	271
4.3.1 La ponderación de derechos en América: el caso <i>Kimel vs. Argentina</i>	273

4.3.1.1	Sobre el conflicto de derechos.	274
4.3.1.2	Sobre la solución al conflicto una vez desaparecida la controversia jurídica.....	278
4.3.1.3	El <i>iura novit curia</i> y la responsabilidad internacional estatal.	282
4.3.2	La negación de la discrecionalidad judicial internacional en América: Opinión Consultiva <i>Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	284
4.3.2.1	La nacionalidad del juez como negación de la discrecionalidad judicial.	289
4.3.2.2	Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas en el derecho internacional actual.	293
4.3.3	El control de convencionalidad en el <i>Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos</i>	295
4.3.3.1	El derecho interno y el derecho internacional en el sistema jurídico mexicano.	297
4.3.3.2	La reforma constitucional en materia de derechos humanos y el derecho internacional.	304
4.3.3.3	La “doctrina” del control de convencionalidad como forma de reparación en el Caso Radilla Pacheco.	308
4.3.3.4	La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Caso Radilla Pacheco.	313
4.3.3.5	El control de convencionalidad desde la óptica del derecho internacional y la función judicial interamericana.	316
CAPÍTULO V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL NUEVO PANAMERICANISMO A PARTIR DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.		324
5.1	El derecho internacional general y el derecho regional de los derechos humanos.....	324
5.2	De la justicia constitucional hacia el “gobierno de los jueces” internacionales de derechos humanos: reflexiones sobre el déficit democrático interamericano	328
5.2.1	Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los límites a la discrecionalidad judicial internacional.	334
5.3	Por un nuevo panamericanismo a partir de la prudencia judicial.....	337
Conclusiones.		341
Bibliografía, hemerografía, decisiones judiciales.		343

ABREVIATURAS

AJIL	American Journal International Law.
BID-INTAL	Banco Interamericano del Desarrollo- Integración de América Latina y el Caribe.
BYIL	British Yearbook of International Law.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CDI	Comisión De Derecho Internacional.
CDHDF	Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos.
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales.
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
CIJ	Corte Internacional De Justicia.
COLMEX	Colegio De México.
Corte IDH	Corte Interamericana De Derechos Humanos.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
CPJI	Corte Permanente de Justicia.
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho Diplomático.
CVRC	Convención d Viena sobre Relaciones Consulares.
ICJ	International Court of Justice.
IIDH	Instituto Interamericano De Derechos Humanos.
ECHR	European Court of Human Rights.

EJIL	European Journal of International Law.
NAFTA	North American Free Trade Agreement.
OEA	Organizacion de Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PCIJ	Permanent Court of International Justice.
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international.
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public.
SCJN	Suprema Corte de Justicia.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma De México.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura.
WTO	World Trade Organization.

INTRODUCCIÓN

En *El barrio y los poetas*, Gonçalo Tavares supone que los poetas y los juristas confían más en las palabras que en la vida en general. No le falta razón. Hay una vocación especial, al menos en las personas de leyes, para colocar al lenguaje en la habitación principal del todavía no acabado palacio jurídico. Todo lo que un jurista debe decir de la ley, del derecho, debe hacerlo a través de su lenguaje. Ese es el punto de partida. El origen de la investigación que se presenta está soportado en esa idea.

Aunque parezca obvio, eso que referimos como derecho internacional de los derechos humanos está expresado en el lenguaje jurídico. Y debe saberse que el derecho es, además, un lenguaje de academia. Igual que sucede con el español, el alemán, el francés o el italiano, el derecho no es de libre creación. La lengua, pasa por un proceso, tantas veces largo y cansado, de generación. Por eso, en español, no es correcto decir *haiga* cuando nos referimos a la primera persona del subjuntivo presente del verbo haber. Aún cuando quien lo escuche advierta el sentido de la frase de su interlocutor, y al final se comuniquen. El derecho, en tanto lenguaje, es hablado, leído o escrito a partir de sus propias reglas de uso.

A eso nos referimos cuando decimos que las normas jurídicas internacionales que establecen los derechos humanos tienen un curriculum; una hoja de vida que les suma o les resta los alcances de su aplicación. De profunda inspiración centro europea, los derechos humanos fueron consignas burguesas, que puestas en el escenario internacional confirman la idea de un derecho internacional totalizador como si fuera la panacea a los problemas de las sociedades que habitan el mundo.¹

Así comenzó el apostolado de los derechos humanos. Posterior a la Segunda Guerra, irrumpieron en las relaciones internacionales los derechos humanos como el factor detonador de una moderna forma de hacer culto jurídico: el derecho internacional de los derechos humanos. Y eso es una manifestación de una religión superior: la Religión

¹ Cfr. Kahn Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Yale Law School – Gedisa, 2001, pp. 146 – 150.

de la Humanidad.² Ese derecho internacional de los derechos humanos, no obstante expresado en términos jurídicos, se ejerce de forma tal que a menudo abandona muchas de sus reglas en su uso y aplicación so pretexto de alcanzar el progreso esperado, racional, de la humanidad.

Son, en realidad, sanas y buenas intenciones que deben ser reconocidas, pues tantas veces el derecho, (mecanismo mejor acabado al que hemos llegado para regular relaciones entre personas, para coordinar la interacción con el otro a partir de procesos comunicativos,)³ es insuficiente para prevenir una barbarie. De ahí que el trabajo que se presenta describe la realidad del derecho internacional más que de los ideales contemporáneos. Nuestro principal objeto de estudio son los derechos humanos y la formulación que de ellos hacen los jueces internacionales a partir de herramientas interpretativas. Visto así, este trabajo es una propuesta de contención del derecho internacional de los derechos humanos a partir del propio derecho internacional.

El camino que se sigue parte del panorama fragmentado del derecho internacional, dentro del cual, como un régimen autónomo, dado el grado de su especialidad y regionalismo, aparece el derecho internacional de los derechos humanos. En el segundo capítulo sostenemos que tal derecho es un régimen autónomo porque cuenta con instituciones propias, con normas propias y con órganos judiciales propios, pero enmarcados en las reglas del derecho internacional público. La función judicial se convierte en el centro del estudio, no sólo por la importancia de las decisiones sino porque en el fondo de la actividad de los jueces se encuentran las nociones de interpretación, de argumentación y de aplicación de las normas jurídicas.

El tercer capítulo demuestra que las referencias normativas y académicas (internacionales) sobre la interpretación de las normas internacionales permiten un

² “Habiéndose retirado Dios de nuestros montajes institucionales, es el Hombre quien ocupa hoy su lugar, y la secularización de nuestras sociedades ha dado paso, según las profecías de Augusto Comte, al advenimiento de una “Religión de la humanidad”.” Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, XXI Siglo veintiuno editores, 2012, p. 246.

³ Cfr. Berumen Campos, Arturo, *El derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una teoría comunicativa del derecho*, México, Facultad de Derecho – Porrúa, 2010, p. 54.

esquema dinámico pero al mismo tiempo regulado por la voluntad de quienes crearon la norma. Así, el derecho internacional de los derechos humanos no debe sino seguir la estructura hermenéutica del derecho internacional general.

A partir de análisis de casos, se concluye que los órganos regionales de derechos humanos, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ajustarse al derecho internacional (si su material de uso corriente son normas internacionales) y encontrar un justo equilibrio entre la exigencia de la coherencia del orden jurídico pero también la capacidad de adaptabilidad a la comunidad ante la que hacen valer sus interpretaciones.

Si hay una posibilidad de un panamericanismo contemporáneo a partir de interpretaciones judiciales internacionales, debe hacerse bajo la reconfiguración prudente al diseño de la comunidad internacional y no con el efecto de destellos intensos, quizá de breve duración, del protagonismo judicial.

Queda, por último, patentar una nota de agradecimiento a quienes de muchas maneras participaron en este proyecto. Especialmente a Fernando Serrano, a Leoba Castañeda y a Lorenzo Córdova; a Adrián Rentería y a Tullio Treves que me abrieron las puertas de las bibliotecas en la Universidad del Insubria, en Como, y en la Universidad Estatal de Milán; a Fausto Kubli por impulsarme a conocer y aprovechar la biblioteca del Instituto Max Planck en Heidelberg; y a los compañeros de tantos viajes académicos: Antonio Piccato, Carlos Reyes y Cecilia Azuara, César Callejas, Hugo Carrasco, Ricardo Ortega, Luis Amezcua, Christopher Pastrana, Luigi Crema, Paolo Farah, Rodrigo Brito, Kristian Bernalt, Alejandro Madrazo y Oscar Vásquez del Mercado. Además, con profunda admiración, agradezco las enseñanzas de Rolando Tamayo y Arturo Berumen, a quienes sin duda debo mi interés por la teoría del derecho. Al final, con profundo amor, a Guillermina Adán, mi madre, y a Enrique Estrada, mi padre, a Itzany, Carlos, Josué y Enoc.

CAPÍTULO I. FRAGMENTACIÓN JUDICIAL EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Con la aparición de los tribunales arbitrales en la historia de la sociedad mundial y con la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1922, que llegaría a ser la actual Corte Internacional de Justicia desde 1946, empezó a construirse una nueva forma de acercarse al derecho internacional. Por un lado, se fortalecía una de las más grandes aspiraciones de la comunidad internacional: la solución pacífica de las controversias internacionales; y por el otro, se iniciaba el sendero de la jurisprudencia de los órganos judiciales que marcaría, definitivamente, un nuevo rumbo basado en decisiones vinculantes. Comenzó así el crecimiento y fortalecimiento de los órganos jurisdiccionales internacionales y, gracias a ello, el derecho internacional comenzó a percibirse cada vez más como un auténtico derecho, capaz de proporcionar una estructura de convivencia social, de civilizar a las naciones, de pacificar al mundo.

Ciertamente la solución judicial de las controversias internacionales supone el desacuerdo entre Estados, o entre sujetos de la comunidad internacional; pero eso es irremediable. Por eso no se busca aquí la formulación de una utopía sobre la paz, sino analizar la forma de resolver, desde el derecho, los problemas internacionales. El verdadero progreso de la comunidad internacional se encuentra en cómo deben resolverse tales controversias. Es el derecho internacional judicial, para decirlo en una frase, el que puede ser la conciencia legal del mundo civilizado;⁴ es, ante todo, una posibilidad de reflexionar constantemente sobre el estado de cosas, al tiempo que se resuelven pacíficamente las controversias. Lo único cierto de acudir a los órganos judiciales para resolver controversias internacionales, es la negación a la guerra decidida unilateralmente.

Entonces así puede decirse que estamos frente a un derecho internacional que permite la creación de normas jurídicas no sólo a partir del consenso o de las prácticas

⁴ Koskenniemi habla mejor de la función del abogado internacionalista como la conciencia legal del mundo civilizado. Cfr. Koskenniemi, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1870 – 1960*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Universidad Complutense, 2005, pp. 485 – 491.

estatales, sino a través del papel de terceros en procedimientos adjudicativos. En cierta intensidad, la función judicial constata el desarrollo progresivo del derecho internacional. Es este el eje del trabajo que se presenta: la actividad de los jueces internacionales.

Por otro lado, gracias también a que las organizaciones internacionales se han multiplicado y consolidado, es que los Estados europeos avanzan en su integración ya no sólo económica, sino monetaria, de política exterior, seguridad interna, etc., y el individuo adquiere mejores oportunidades de participación en el escenario internacional, puede afirmarse que nuestro derecho internacional contemporáneo es substancialmente distinto de aquel derecho internacional entre guerras.

Las cuestiones de a qué contemporáneo derecho internacional y a qué cortes o tribunales internacionales nos referimos tratan de ser respondidas en este capítulo. Es por tanto, una aproximación panorámica del escenario jurídico internacional.

1.1 REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

Hay consenso en decir que el origen del derecho internacional moderno se puede encontrar a partir de la Paz de Westfalia,⁵ con los tratados de paz firmados por los Estados protestantes en Osnabrück, y en Münster por parte de los Estados católicos. Si no había Estado – nación, entonces no es posible hablar de derecho internacional como relaciones entre Estados.⁶ Las organizaciones políticas griegas (*polis*) o la organización

⁵ Cfr. Álvarez, Alejandro, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1944, pp. 9 – 10; Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, Boloña, Il Mulino, 2006, pp. 29 – 31; Scovazzi, Tullio, *Corso di Diritto Internazionale*, Parte I, Milán, Giuffré Editore, 2000, pp. 10 – 23; Shaw, Malcolm, *International Law*, 5ª. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 24 – 26; Pinto, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 15; Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 24ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 7 – 9. Al respecto, Parry precisa dos cuestiones importantes: 1) el sistema de Estados soberanos encontró su realización “legislativa” en 1648, pero Hobbes no publica el Leviatán, donde queda perfectamente asentada la idea del soberano como autoridad de facto, sino hasta 1651, y 2) la “historia del derecho internacional que sea plenamente satisfactoria está aún por escribirse.” Parry, Clive, “Función del derecho en la comunidad internacional”, en Sorensen, Max, (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, 8va. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 64.

⁶ El vocablo “Estado” según la mayoría de los teóricos del Estado, si bien puede citarse anterior a *El Príncipe*, es Maquiavelo quien lo introduce definitivamente en el discurso de la ciencia política. “Tutti gli stati, tutti e’ dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono republiche o principati.” Machiavelli, *Il Principe*, Roma, Newton Compton editori, 2007, p. 30. Sobre la tipología de Estados puede

política romana (*constitutio*) no eran Estados.⁷ Si bien Francisco de Vitoria observa en la *gen* el inicio del derecho internacional,⁸ el Estado – nación no aparece sino en el desarrollo del Renacimiento, agotadas las estructuras políticas y jurídicas medievales y, para el derecho internacional, después de la Reforma protestante liderada por Lutero.⁹

Con el Estado adquiere importancia la noción de soberanía, donde por cierto descansaría toda la estructura del derecho internacional, al menos desde el momento de su inicio hasta la segunda mitad del siglo XX y, con residuos, en la política estatal de nuestros días.¹⁰

La Paz de Westfalia no es sino la reafirmación de una familia de iguales, en donde los Estados (centroeuropeos y cristianos) no buscaban más la autoridad absoluta de la Iglesia o del Imperio. El derecho internacional nació sustentado en las ideas de la

verse: Jellinek, Georg, *Compendio de la Teoría General del Estado*, Librería del Ángel Pol, México, 1936, pp. 41 – 43; 109 – 129.

⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998, pp. 61 y ss.

⁸ De ahí que Samuel Pufendorf, en la Universidad de Heidelberg, haya iniciado el curso de Derecho de Gentes, como el actual Derecho Internacional Público. La dedicatoria al Príncipe y Señor, Conde Palatino Charles Louis, de su *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II*, fue pagada con la atribución de una cátedra especial creada especialmente para el joven profesor. Pufendorf había rechazado primero la cátedra de derecho romano (el derecho internacional, por cierto, se alimentó de profesores que tenían una clara formación romanista) y posteriormente aceptó *Jus gentium et naturale*, la primera clase de su tipo, en Alemania. De cualquier forma, el que acuñó el vocablo *ius gentium* para referirse a las relaciones entre naciones fue, sin duda, Francisco de Vitoria. Luego, Francisco Suárez lo dividía en *ius inter gentes* y *ius intra gentes*. Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1989, pp. 15 – 16; 32 – 33. También, De Vitoria, Francisco, *Relecciones. Del estado, de los indios y del derecho de la guerra*. (Introducción de Antonio Gómez Robledo), México, Porrúa, 2007, pp. XXXIX y ss; párr. 21, pp. 18 – 19; Avril, M., “Pufendorf”, en *Les fondateurs du Droit International*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1904, pp. 331 y ss. Según se afirma por Niléhn, la cátedra que inauguraba Pufendorf en Alemania había sido creada 6 años antes en Uppsala. Desde 1655, habría lecciones sobre Grocio y su obra *De jure belli ac pacis*, y para 1665, Johannes Schefferus, enseñó *The Law of Nature and Nations*. Cfr. Niléhn, Lars, “On the Use of Natural Law. Samuel von Pufendorf as Royal Swedish State Historian” en *Samuel von Pufendorf 1632 – 1982, ett rätthistoriskt symposium i Lund 15 - 16 januari 1982*, Nordiska Bokhandeln, 1986, pp. 55 – 62.

⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 12 reimp., 2006, pp. 86 – 93; Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6ª. ed., 5a. reimp., Barcelona, Ariel, 1996, pp. 53 - 56; De la Cueva, Mario, *La idea del Estado*, 5ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 57 y ss.

¹⁰ Cfr. Shen, Jianming, “National Sovereignty and Humans Rights in a Positive Law Context”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2002, pp. 417 y ss.

soberanía y de la igualdad entre naciones.¹¹ No es que ahora, después de una década del tercer milenio después de Cristo, la noción de soberanía haya desaparecido, pero sin duda ha sido redeterminada y ya no es la misma noción post renacentista, ni aún la decimonónica.

Después del gran cisma westfaliano y su continuación en la Santa Alianza (en el Congreso de Viena de 1815)¹² apenas capituló Napoleón I, que volvía de la isla de Elba, la comunidad internacional sufre cambios importantes hasta el final de la Primera Guerra Mundial. El Tratado de Versalles de 1918 marcó el origen de un orden internacional configurado a partir de organizaciones internacionales, no sólo bajo el concepto de cooperación sino de una configuración supranacional, que por cierto fracasaría de manera rotunda con el inicio de la Segunda Guerra.¹³ Sin embargo, pareciera que con sucesos de esa naturaleza, y sólo con ellos, se propiciaría el desencadenamiento de una nueva etapa en las relaciones internacionales, y por tanto, en el diseño estructural del derecho internacional. En efecto, la Paz de San Francisco de 1945 sentó las bases de una organización supranacional extraordinaria, con un órgano todopoderoso y con un sistema prácticamente ilimitado de cooperación estatal. Sin embargo, el reacomodo político y jurídico produjo un mundo bipolar, que a su término, dejó en Rusia la herencia de todo un bloque representado en el Consejo de Seguridad al lado de los otros grandes cuatro: Francia, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, China y Estados Unidos de América. La actual comunidad mundial, a causa de la Segunda Guerra Mundial, dista

¹¹ Cfr. Gross, L. "The Peace of Westphalia 1648 – 1948", *American Journal of International Law*, 42, No. 1, 1948, pp. 20 – 41; Zolo, Danilo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, 4ª. ed., Milán, Feltrinelli, 2008, p. 23.

¹² El Congreso de Viena de 1815 consagró la creación de la Santa Alianza, integrada por Prusia, Rusia y Austria. Debe recordarse que Napoleón I, conquistador de buena parte del territorio europeo en los primeros años del Siglo XIX, abdicó por primera vez en 1814, pero vuelto de la Isla de Elba, recuperó el poder tan sólo por tres meses, hasta que capituló por segunda ocasión y fue enviado a Santa Helena, hasta su muerte. Las potencias europeas se aliaron, recuperaron sus territorios, reorganizaron el centro de Europa, y redujeron a Francia a sus fronteras de 1790. Cfr. Bedjaoui, Mohammed, *Droit International. Bilan et perspectives*, Tomo 1, París, Éditions A. Pedone – UNESCO, 1991, p. 5.

¹³ Es contundente la existencia de organizaciones internacionales anteriores a la Liga de las Naciones, sin embargo, el objetivo principal era de cooperación internacional; o eran sobre todo de tipo técnico más que político. Cfr. El Erian Abdullah, "Organización jurídica de la sociedad internacional" en Sorensen, Max, *op. cit.*, pp. 99 – 101.

mucho de aquella de Westfalia, y también de aquella de 1918 en Versalles, o incluso de aquella de 1945 en San Francisco.

Según Dupuy,¹⁴ la comunidad internacional actual podría entenderse bajo una pareja de ideas contrastantes: por un lado cerrada, debido al concepto siempre recurrido por los Estados de soberanía, frente a una comunidad descentralizada, camino a una mayor institucionalización del sistema jurídico denominado derecho internacional. Por otro lado, existe una comunidad internacional en tensión, en conflicto permanente, pero al mismo tiempo, excesivamente negociadora de casi todos los temas, por ejemplo: cambio climático, comercio internacional, cooperación científica y cultural, transferencia y utilización de tecnología, entre otros temas.

Esta nueva comunidad internacional, ha provocado, sin duda, nuevas relaciones internacionales, y por tanto, un diferente derecho internacional.¹⁵ No ha habido otro momento de la historia de la humanidad donde el derecho internacional haya abarcado casi todas las áreas de las relaciones humanas y desde muchas perspectivas. Las circunstancias de cambio y tránsito de un estadio al otro son muchas, pero durante la extensión de este trabajo, se sostiene que este derecho en buena medida es tal, por la centralidad que el individuo ha alcanzado, no solamente como recipiente indirecto de las normas jurídicas, sino también gracias a, entre otras, las normas internacionales de derechos humanos, y luego, por la creación de órganos jurisdiccionales que tienen como misión fundamental vigilar la aplicación de los tratados de esa materia. Es decir, en una aseveración peligrosa, pero cierta, una de las piedras angulares del derecho internacional público contemporáneo y que lo ha influenciado abrumadoramente en los últimos decenios es el derecho internacional de los derechos humanos;¹⁶ o dicho de otra forma,

¹⁴ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 9ª ed., París, Dalloz, 2008, pp. 2 – 7.

¹⁵ Cfr. Tomuschat, Christian, “La Comunidad Internacional”, en Peters, Anne, *et. al. La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 93 – 119.

¹⁶ Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Influencia de los derechos humanos en la evolución del derecho internacional: hacia una relectura de la función de los Estados en el orden internacional contemporáneo” en Drnas de Clément, Zlata (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Tomo I, Buenos Aires, Drna – Lerner Editores, 2002, pp. 729 – 734.

vivimos en una edad de los derechos, trasladados del derecho nacional al derecho internacional.¹⁷

Este derecho internacional obedece a un derecho exclusivamente entre Estados, individualista, formal, basado en la soberanía estatal como referencia de la negociación, creación y aplicación de las normas internacionales y dispuesto a mantener la paz y seguridad internacionales, la coexistencia pacífica entre Estados soberanos y yuxtapuestos. Pero además, obedece a un derecho comunitario universal, que mira, por fin, la existencia de intereses superiores a la soberanía estatal como verdadero fundamento de las relaciones internacionales,¹⁸ y en donde el individuo pudiera situarse como referencia necesaria. Sólo así podría justificarse la noción del *ius cogens*, de las obligaciones *erga omnes* y de valores comunes insertos en el discurso jurídico internacional.

Todavía en la defensa aguerrida del derecho tradicional, se afirma que es la soberanía estatal, transformada en actitud negociadora de los Estados, la que ha permitido el desarrollo y evolución del derecho internacional. Y esto es cierto en un sentido. Pero también debe observarse que la actitud negociadora de los Estados es incapaz de superar todas las disputas en el escenario internacional; y con Estados soberanos o no, el derecho internacional constituye hoy una referencia obligada en todas las áreas del derecho. Es en ese sentido que el consenso estatal ha creado organizaciones, cortes y tribunales internacionales, pero después, tales instituciones han crecido por sí mismos, incluso en contra de la voluntad de los Estados.

Actualmente, se resuelven en sede internacional las controversias, diríamos clásicas, Estado contra Estado y también las que pueden presentarse entre los individuos y el Estado, o entre organizaciones internacionales y Estados.

¹⁷Cfr. Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, pp. 66 – 67. También Bobbio expresó “Si alguien me preguntara cuáles son, a mi parecer, los problemas fundamentales de nuestra época, no dudaría en responder: los derechos humanos y el derecho a la paz.” Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, p. 127.

¹⁸Cfr. Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, *Derecho Internacional Público*, Madrid, DILEX, 2001, pp. 46 y ss.

La diversidad de relaciones internacionales que se presentan son muchas, de ahí que digamos que estamos frente a un nuevo derecho internacional: por las instituciones que lo aplican, por los sujetos que participan y por las instituciones que ha creado.

Al mismo tiempo, es precisamente por esas instituciones y por esos sujetos que la diversidad del derecho internacional produciría, según se dice, una incoherencia normativa, comparable, una vez más, a una anarquía de la cual ha adolecido durante tanto tiempo el derecho internacional. La diversidad sería tanta, los tribunales demasiados, la especialidad exacerbada, que sería difícil “gobernar” a la comunidad internacional, pues el instrumento normativo sería incoherente. A éste último fenómeno, se le ha denominado, *fragmentación del derecho internacional* y es sin duda una de las realidades más complejas que aparecen hoy.¹⁹ Las causas y sus posibles efectos han sido expuestos (no sin temores propios de quien aborda un tema de tal naturaleza) en el informe final sobre Fragmentación del Derecho Internacional que se revisará en seguida.

1.2 EL INFORME SOBRE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.²⁰

El Grupo de Estudio que presidió Martti Koskenniemi elaboró un amplio informe al que denominó: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, presentado finalmente, y después de 6 años desde que fuera puesto en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante también CDI), en el 58º período de sesiones, durante el año 2006, en Ginebra, Suiza. En tal trabajo, se abarcaron muchos más temas que un simple planteamiento del fenómeno de la fragmentación, tales como los conflictos entre normas internacionales, la sucesión de normas, la integración sistémica como principio de

¹⁹ Cfr. Ramadan Hassanien, Mohamed, “Bilateralism and multilateralism: can Public International Law reconcile between them? Real options for further developments in WTO jurisprudence”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2008, pp. 51 y ss. Una primera aproximación a regímenes autónomos puede consultarse en Barnhoorn y Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

²⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º período de sesiones, A/61/10, 2006, p. 294 [en adelante *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación*].

interpretación del derecho internacional, los regímenes autónomos, etcétera. Y sería imposible, además de estéril para los efectos de la investigación que se realiza, analizarlos uno a uno, si bien, en el desarrollo de temas posteriores, y fuera del estudio exclusivo del Informe sobre Fragmentación, recurriremos frecuentemente a la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional.

Así, en este apartado solamente revisaremos el planteamiento general del fenómeno de la fragmentación y sus causas principales: la especialización (regímenes autónomos) y la regionalización; además de enfatizar el problema de la fragmentación judicial como una derivación de la fragmentación vista en términos generales. En capítulos siguientes revisaremos la función judicial en el derecho internacional y ahí recurriremos a la interpretación sistémica de las normas internacionales y el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT 69), tal como lo prevé el Informe; y volveremos también a él cuando nos centremos en el análisis sobre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

1.2.1 DEL UNIVERSALISMO AL REGIONALISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Para explicar el regionalismo, el punto de partida es el reconocimiento de que en el derecho internacional no existe el monopolio de la creación de las normas jurídicas (así como tampoco existe el monopolio de la sanción internacional); y al no haberlo, se propicia la actividad “legislativa” internacional difusa, de tal manera que hay tanta posibilidad de crear normas jurídicas internacionales como Estados deseosos de firmar tratados, o sujetos de derecho internacional que con prácticas reiteradas y la opinión de que tales son obligatorias, crean costumbre internacional.

No obstante esto, a partir de las organizaciones internacionales de alcance general y con las reuniones multilaterales que terminan con la firma de un acuerdo universal, se construyó una sociedad que buscaba tener el mismo derecho válido para la mayoría de los Estados. Se inició de esta forma el camino de las organizaciones internacionales universales o de tratados internacionales que pretendía encauzar los esfuerzos hacia

metas comunes. El derecho internacional así planteado era un derecho con pretensiones de universalidad.

Pero si lo pensamos de otra forma, se podría demostrar que la pretendida universalidad no era otra cosa sino la realización de valores occidentales (y en especial de los vencedores de las guerras mundiales) a pesar de tener una composición plural en el seno de los órganos decisorios de las organizaciones internacionales. En la comunidad internacional, los menos pero poderosos, imponían una forma de concebir el derecho internacional, a los más, pero débiles. Así, la tradición europea del derecho internacional o el narcisismo jurídico estadounidense han sido los promotores de buena parte de la concepción actual de las relaciones internacionales, en gran medida, por los períodos post guerras en el que tanto europeos como estadounidenses han establecido las reglas universales, herencia de la profunda tradición cristiana y de la Ilustración.²¹

A pesar de esta circunstancia, han emergido posiciones de grupos de Estados que presentan en común determinadas concepciones sobre el futuro de la comunidad, sobre el aprovechamiento de los recursos, sobre el ejercicio de la política exterior, sobre la protección y promoción de los derechos humanos o sencillamente para aprovechar la cercanía territorial en el intercambio de bienes, productos, servicios y tránsito de mercancías. Al agrupamiento continental, o geográfico, de distintos Estados de la comunidad internacional se le ha denominado *regionalismo*. Debe advertirse, ahora mismo, que si bien existen las regiones, hay una gran dificultad para establecerlas, pues no existiría un consenso sobre el número de Estados que las conforman, o de otras características comunes que debieran reunir.

El regionalismo, en el derecho internacional, aparece como un vocablo contrario a la universalidad pretendida por el derecho internacional clásico o tradicional, que incluiría a todos los Estados del orbe en beneficio del mantenimiento de la paz y de la cooperación entre los miembros de la comunidad internacional; pero, en otro sentido, no puede ser

²¹ Cfr. Koskenniemi, Martti, "Perceptions of Justice: Walls and Bridges between Europe and the United States", *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, No. 64, 2004, pp. 305 – 314.

entendido como una justificación arbitraria de un determinado sujeto de derecho para el incumplimiento arbitrario de una norma universal, con mayor peso. Así, el regionalismo es el escenario ideal para separarse del carácter universal de un precepto y construir un espacio de mayor fuerza en razón de la vecindad geográfica, no para violar un derecho universal, sino para cumplir el derecho regional.

Actualmente, es indudable que el mundo, al tiempo de un discurso sobre la globalización, está diseñado también por bloques regionales. Incluso podría decirse que es la globalización la que también crea, de forma indirecta, el fenómeno de regionalización. Y ambos, universalismo y regionalismo, pueden coexistir. Así por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio (OMC), con 159 miembros al 2 de marzo de 2013, funciona frente a distintos mecanismos de integración y cooperación económica como el Tratado de Libre Comercio entre América del Norte (TLCAN) o el Mercosur. Y como puede advertirse, la OMC cuenta con una mayoría de los países reconocidos en el orbe, mientras que el TLCAN agrupa sólo a los tres Estados de América del Norte. O, al lado de un bien dotado mecanismo universal de protección de los derechos humanos pueden coexistir hasta tres sistemas regionales, con tratados e instituciones distintas.

El derecho internacional regional permite sostener posiciones conjuntas entre Estados latinoamericanos, asiáticos o europeos orientales u occidentales, y de alguna manera posibilita la edificación de una sociedad internacional mejor integrada. En el siglo XXI, que no estamos en un proceso de paz similar a Versalles y menos aún similar a San Francisco, la idea de la regionalización permite que las construcciones culturales de determinados grupos de Estados puedan ser bien recibidas por todos los integrantes de la comunidad, sin que exista la imposición de los vencedores o los poderosos.

De esa forma, una particular forma latinoamericana de concebir el derecho internacional²² y específicamente de construir el contenido y la protección de los derechos humanos puede ser respetada y tolerada, frente a la concepción europea, o

²² Hacia allá apuntaba la CIJ en el Caso Asilo y Haya de la Torre, *Cfr.* International Court of Justice, *Asylum Case* (Colombia/Peru) Judgment of 20 November 1950, p. 14; International Court of Justice, *Haya de la Torre Case* (Colombia/Peru) Judgment of 13 June 1951, p. 81.

estadounidense.²³ El propósito de este trabajo, en general, es precisamente permitir la construcción de una forma cultural de concebir los derechos en América Latina. Y esto sólo es posible gracias a la regionalización del mundo.²⁴

Pero esto no sugiere un abandono total, ni aún parcial, a las organizaciones de tipo multilateral (universal), pues es cierto también que los Estados latinoamericanos necesitan estar integrados en proyectos universales. Y es precisamente el regionalismo el que, de manera natural, tiende un puente hacia la comunidad internacional completa. Afirma Jorge Castañeda que “[...] no podría hablarse propiamente de creación tratándose de organismos o unidades regionales. Su existencia viable depende de la presencia previa de cierto número de factores naturales, tanto físicos como espirituales.”²⁵

El regionalismo puede ser útil en el momento de la creación particular de normas o de su aplicación, pues se presume una mejor comprensión de la coherencia de la región. “Probablemente esta sea la razón por la que siempre se han gestado en un contexto regional los regímenes de derechos humanos y de libre comercio – a pesar de los presupuestos universalistas relativos a los derechos humanos o los mercados de productos básicos.”²⁶ En efecto, el regionalismo geográfico de los derechos humanos podría llegar a negar su universalidad conceptual. La evolución indiscutible de los sistemas regionales de protección y promoción de derechos humanos, al tiempo que ha sido imposible crear una corte internacional de derechos humanos, podría demostrar que

²³ Se hace una distinción entre la posición latinoamericana y la estadounidense en la protección y promoción de los derechos humanos, porque, como se verá más adelante, Estados Unidos de América no ha ratificado la CADH. Y en el caso de Canadá, no la firmado. Aún cuando en Washington D.C. se encuentra la sede de la Comisión Interamericana, no podría hablarse de un sistema continental jurisdiccional en la protección de los derechos humanos en América. Sobre el panamericanismo entre los del sur y los del norte, puede verse: Dupuy, René-Jean, *Le nouveau panaméricanisme*, París, Pedone, 1956, pp. 14 – 25.

²⁴ Cfr. Evans, Malcolm (edited by), *International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 545 y ss. Véase también, Ratner, Steven R., “Regulatory takings in institutional context: beyond the fear of fragmented international law”, *American Journal of International Law*, The American Society of International Law, Julio, 2008, p. 522.

²⁵ Castañeda, Jorge, “Organismos regionales. El panamericanismo”, en *Obras Completas*, Tomo I, México, COLMEX – SER, p. 203.

²⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 205.

los derechos humanos tienen una imposibilidad real de ser universales, en el sentido que expresa la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁷

Un razonamiento del tipo de “la proximidad del contexto permite reflejar mejor los intereses y lograr el consentimiento de las partes interesadas”²⁸ puede ser mejor aplicado en el contexto de los derechos humanos y de la integración económica. El peligro es, en algún caso, vincular los derechos humanos al comercio internacional de forma tal que aquellos se conviertan en mercancías susceptibles de ser acordadas como si se tratase de objetos comerciales, o de imponerse como si fueran objetos de uso corriente. Así, los derechos humanos, en tanto manufactura puramente occidental, pueden ser analizados como auténticos productos de intercambio en el comercio internacional pensado primeramente en los países europeos y americanos.²⁹

De cualquier forma, puede destacarse, que cuando se habla de derechos humanos, existe cierta facilidad en determinar su crecimiento y fortalecimiento regional. En esto va ir buena parte del estudio que proponemos.

1.2.2 DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL AL DERECHO INTERNACIONAL ESPECIAL. LA EXISTENCIA DE REGÍMENES ESPECIALES.

El derecho internacional le ha abierto sus puertas a todas las áreas del derecho. Cuando se refiere la especialidad en sede internacional se da cuenta de un fenómeno reciente: el derecho internacional dejó de ser una tarea exclusiva de los diplomáticos para convertirse en moneda común de los juristas en general. Mientras los constitucionalistas observan en los procesos de integración la posibilidad de un derecho público común, los procesalistas advierten que la jurisdicción regional de derechos humanos, gracias al paraguas del debido proceso y el recurso judicial, es una posibilidad real de otra instancia de litigio;

²⁷ Sobre el sentido redescubierto de la universalidad de los derechos humanos puede verse a Flores, Marcello, *Storia dei diritti umani*, Bolonia, Il Mulino, 2008, pp. 219 – 248.

²⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 206.

²⁹ También aquí podría pecarse de especulación histórica o sociológica, lo cierto es que, como lo dice el Informe, en nada podrían ser útiles para la explicación del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional.

también los abogados de comercio y de inversiones, fijan su mirada en los foros internacionales como ocasión de trasladar una litis interna al ámbito internacional. Es decir, actualmente es difícil encontrarnos con una situación de derecho interno, incluso de derecho privado, que por alguna razón no pueda ser revisada por normas internacionales, y todavía más, por órganos judiciales internacionales. Pero este tránsito de una sede a otra se presenta también en sentido contrario, o sea, el derecho internacional se usa con mayor fuerza en los procesos nacionales; de esa manera se propicia mejor un diálogo entre aquello que hacen las instituciones internacionales con las nacionales.

Así por ejemplo, si pensamos en el derecho internacional con el grado de especialidad del ámbito interno, podríamos agrupar conjuntos de normas jurídicas dentro de: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho internacional del mar, el derecho internacional económico, el derecho comunitario, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional de la propiedad intelectual; y como marco general de todos ellos, por supuesto, el derecho internacional general.

Organizaciones, autoridades, comités, comisiones, conferencias y también cortes y tribunales internacionales han generado una cascada de decisiones, resoluciones, sentencias, laudos y material jurídico, que resulta imposible agotar su conocimiento. El derecho internacional se presenta como un derecho especializado, técnico. Afirma Koskenniemi que el destino del derecho internacional es moverse entre la técnica, como especialización, y la política, como diplomacia.³⁰ El presente y futuro del derecho internacional es, entonces, la especialización.

Debido a estas circunstancias, es común hablar ahora de regímenes especiales, especializados, o mejor, de regímenes autónomos (*self-contained regimes*).

³⁰ Koskenniemi, Martti, "The Fate of Public International Law: Between technique and Politics", *The Modern Law Review*, January 2007, pp. 1 y ss.

Ha sido la propia Corte Internacional de Justicia (en adelante también CIJ), en el paradigmático caso relativo al personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán, Irán,³¹ la que ha propuesto como un régimen autónomo las normas del derecho diplomático, en la medida que propone una serie de sanciones, por parte del Estado receptor, a los agentes que incurren en determinado tipo de violaciones, y que son diferentes a las sanciones del derecho internacional general.³²

Bien pueden advertirse, dice la CDI, dos referencias a regímenes especializados. La primera es aquella que refiere más bien una *lex specialis* cuando se trata de imponer una responsabilidad internacional basada en normas secundarias pero de mejor aplicación a las normas generales; y la segunda, aquella que refiere un conjunto de normas jurídicas (primarias y secundarias) que además incluyen instituciones propias, organismos *cuasi* jurisdiccionales o cortes internacionales.³³ Un ejemplo del primer tipo sería el artículo 55 del documento sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos³⁴ mientras que del segundo lo sería el propio sistema internacional de derechos humanos o el del derecho internacional económico.

Es sobre todo esta última referencia la que nos interesa porque propicia la construcción de una serie de principios de aplicación propia y exclusiva dentro del régimen del que hablemos. Si existen principios especiales en la interpretación o aplicación de normas internacionales especializadas, entonces serán preferidos frente a

³¹ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, párr. 86. Ahora bien, la propia Corte Permanente de Justicia Internacional en *S.S. Wimbledon*, sin referir el término exacto de régimen especializado, ya había aludido a un régimen de aplicación especial en el caso del Canal de Kiel y las normas autónomas (*self-contained*) establecidas en el mismo Tratado de Versalles. Cfr. Permanent Court Of International Justice, *Case of the S.S. Wimbledon*, 17th August of 1923, p. 24.

³² En alusión, por ejemplo, a la declaratoria de persona *non grata*, según el artículo 9.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

³³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.* párr. 128.

³⁴ El artículo 55 establece: "*Lex specialis*. Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional" El Proyecto de Artículos presentado por la CDI, fue puesto a consideración de los Estados por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001.

los de otros regímenes autónomos, e incluso, frente a los del derecho internacional general.

El planteamiento se expresa mucho más fácil de lo que realmente puede clasificarse. Es decir, se dice que podría preferirse la aplicación del derecho especial frente al derecho general pero no queda perfectamente claro cuándo estamos frente al derecho internacional general,³⁵ o si éste tendría el mismo peso en normas convencionales o en derecho consuetudinario frente al especial, consagrado sólo en normas convencionales³⁶ o también en normas de costumbre especial.

En los años recientes, y sobre todo después del Informe referido, se ha hecho presente una cascada de opiniones sobre la validez o nulidad de los regímenes autónomos y su viabilidad en el derecho internacional. Lo cierto es que son una realidad incontestable. Aquí, el comentario del Juez Cançado en la Opinión Separada al Caso Diallo es, al menos, opinable, pues afirma que la fragmentación del derecho internacional es superficial, y más aún las frases de “proliferación de tribunales internacionales” o “*forum shopping*” producen que se pierda el imperativo de la justicia, objetivo principal de los órganos jurisdiccionales.³⁷

Ahora bien, las normas especiales, o los principios de aplicación exclusiva de un régimen especial, no podrían ser utilizados, bajo ninguna circunstancia, como una posibilidad de salirse del margen general y consuetudinario de la atribución de responsabilidad marcada por el derecho internacional general.³⁸ Es decir, la *lex specialis* debe servir como un complemento al derecho internacional general, pero no como una

³⁵ Evidentemente, afirma Georges Abi-Saab, la noción de derecho internacional general refiere la aplicación de la norma jurídica a todo sujeto que se encuentre en la situación prevista por ella misma. Cfr. Abi-Saab, Georges, “Les sources du Droit International: un essai de déconstruction”, en Rama-Montaldo, Manuel, *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Vol. I, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 41 – 42.

³⁶ A este tipo de debates y cuestionamientos la Comisión agrupa a los generalistas, por un lado, y a los especialistas, por el otro. Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op.cit.*, párr. 133.

³⁷ International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo) Judgment of 30 November 2010. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 240.

³⁸ *Ibidem*, párr. 152.

suplencia absoluta o exclusión total. El objetivo final, cuando se trate del procedimiento adjudicativo, será el de establecer las consecuencias a una violación declarada al derecho internacional, y al mismo tiempo solucionar de forma pacífica las controversias internacionales. De ahí que en realidad, los regímenes especializados, en tanto autónomos (o auto contenidos), completan o complementan el derecho internacional general. La autonomía de un sistema especial no puede ser utilizada, bajo ninguna circunstancia, como pretexto de independencia absoluta, sino como parte de un derecho “colectivo”, superior, en el sentido de un derecho plural de la comunidad internacional. La ruta marcada en espacios internacionales se debe, efectivamente, dirigir a lo especializado, para volver, mejorado, a lo general; en la medida que se propicia así un diálogo vivo institucional, principalmente judicial.

Las causas de la fragmentación, como hemos mencionado, son la especialización y la regionalización. Pero ambas también pueden convivir. Si nos referimos al derecho internacional de los derechos humanos, podríamos afirmar que es exactamente (aunque no exclusivamente) en ese régimen autónomo donde se presenta la regionalización por un lado y la especialización por el otro. Y que no se limita sólo a las instituciones propias de ese régimen sino que alcanza otras instituciones, incluso de carácter general, como la propia CIJ.³⁹

Es dentro del derecho internacional de los derechos humanos donde podrá observarse con claridad los principios especiales de interpretación de las normas de derechos humanos y la vida propia de las cortes regionales. Pero también, es en ese mismo panorama donde se advertirán los peligros de un erróneo entendimiento y aprovechamiento de la diversidad y la fragmentación, que analizaremos más adelante.

Ahora bien, la especialización (o la autonomía de estos regímenes especiales) crea, razonadamente, un temor de desintegración de la unidad y coherencia del derecho internacional, pues en la medida en que exista especialización, también puede

³⁹ No puede entenderse de otra forma la sentencia de la CIJ en el Caso Diallo. *Cfr.* International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010, párrs. 64-89.

presentarse la contradicción de opiniones, de resoluciones, y hasta de sentencias. No sólo respecto del derecho especial frente al derecho general, sino dentro del derecho especial, en pronunciamientos regionales distintos.

Sin embargo, este pretendido temor del derrumbamiento de la unión o coherencia del derecho internacional no puede aplicarse en el derecho internacional de los derechos humanos, sencillamente, porque nunca ha habido un solo derecho internacional de los derechos humanos, y porque además, no sería idóneo que lo hubiera (al final, el derecho nunca es un producto acabado). Al contrario, se despega del derecho internacional general en la medida que provoca mejores beneficios al individuo y se aleja de la universalidad o generalidad, cuando valora y crea una concepción regional de los derechos humanos y prefiere, así, la relatividad de los derechos humanos.

1.2.3 LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO PLURALISMO JURÍDICO MUNDIAL

La convivencia entre regímenes especializados y regiones de Estados puede producir, en la práctica, una cantidad importante de conflictos entre dos derechos especiales o entre derecho especial y derecho general, o entre derecho regional y derecho universal, etcétera. En la teoría, podría redefinirse la idea de Dupuy de ver un orden jurídico internacional unido,⁴⁰ puesto que, al final, no ha existido tal derecho internacional.

En la parte final del Informe, la CDI destaca que la coherencia y el pluralismo jurídico demuestran que en el derecho nacional tampoco ha existido un grado perfecto de coherencia, aunque ha alcanzado un mayor nivel de unidad que en el propio derecho internacional. Pero es indudable que hoy, en poblaciones como la mexicana, donde abundan pueblos indígenas con instituciones propias, también existe un pluralismo que no afecta ni atenta a la unidad y fuerza del derecho mexicano, al contrario, lo enriquece.

⁴⁰ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit International Public*, cit., pp. 12 y ss; Dupuy, Pierre-Marie, "The danger of fragmentation or unification of the International Legal System and International Court Of Justice", *International Law and Politics*, 1999, pp. 791 y ss.

El pluralismo, o la aparición de regímenes especiales no es pues una exclusividad de la comunidad internacional, es una condición de existencia de la sociedad jurídica y de la heterogeneidad del derecho. No asusta, por natural, que haya varios *derechos internacionales*, si al final, entre mayor especialización y regionalización, el beneficiado es el individuo. Es decir, el resultado de prácticamente todos los regímenes especiales no es un fortalecimiento del Estado, ni de sus instituciones, sino una mejor construcción de un aparato jurídico alrededor del individuo. Piénsese, otra vez, en aquellos casos donde el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional ambiental, entre otros, le han producido mayores obligaciones a los Estados y correspondientes derechos a los individuos; éste se ha fortalecido en el plano internacional mientras que el Estado pierde terreno en aquellos campos que parecían absolutamente discrecionales (por último, puede pensarse en los derechos económicos sociales y el cumplimiento progresivo de obligaciones internacionales y su no regresividad).⁴¹

En los párrafos que siguen, se tratará de elaborar una crítica a la idea de la coherencia y unidad del derecho internacional y se apostará por la diversidad, específicamente, la judicial. Sin que esto signifique un abandono total o absoluto a las consecuencias que ese pluralismo produce, al contrario, tomando conciencia de ellas y elaborando propuestas de solución.

1.3 GLOBALISMO JUDICIAL: CAMINO HACIA LAS INSTITUCIONES SUPRANACIONALES.

Las “nuevas” realidades que han propiciado la cambiante comunidad internacional demandan, entre otras cosas, una mejor ingeniería institucional por encima de los Estados. En efecto, ya sea por el lado de la negociación o por el lado de las disputas, las instituciones supranacionales aparecen como superiores en órdenes político, económico y también jurídico.

⁴¹ Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 65 y ss.; y sobre la prohibición de regresividad Courtis, Christian. *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 63 – 92.

Esto significa, en otras palabras, aunque no necesariamente, el agotamiento y la insuficiencia del derecho interno como único mecanismo de solución de los problemas sociales. Al menos en aquellos problemas en los que pueden advertirse relaciones complejas: Estado – empresa – individuo, Estado – individuo, Estado – organizaciones internacionales, Estado – cortes internacionales; o temas de interés colectivo, como el uso de energía nuclear o protección al medio ambiente.

Indica también, por otro lado, la obligada referencia al derecho internacional como una salida viable a los problemas no sólo internacionales, sino, incluso, a los del propio derecho interno. Teorías como el *failed state, failing state*⁴² o la “responsabilidad de proteger”,⁴³ no son sino producto de esta intromisión, a veces necesaria y en ocasiones polémicamente arbitrarias,⁴⁴ de las organizaciones supranacionales y que obedecen a la carencia de una eficaz función de gobierno en determinados territorios. Así planteado el actual panorama, la referencia al derecho internacional y a las organizaciones supranacionales, una vez más, es indispensable.

Danilo Zolo afirma que han sido al menos tres los momentos en la historia del derecho internacional moderno donde los esfuerzos se han orientado a la construcción de un sistema jurídico-político internacional:⁴⁵ (i) la Santa Alianza entre Prusia, Rusia y Austria, e incluida de hecho la Gran Bretaña; (ii) la Paz mundial de Versalles y la Sociedad de las Naciones; y (iii) la Organización de las Naciones Unidas de 1945 y su lenta agonía precipitada con los ataques terroristas de 2001 y la consecuencia estadounidense de “legítima defensa” nunca acreditada.⁴⁶ En todos estos casos, terminadas las guerras mundiales, se buscó en las instituciones internacionales un modelo que garantizara el

⁴² Cfr. Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., p. 59.

⁴³ Cfr. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, Canadá, Diciembre 2001.

⁴⁴ De entre las más recientes, puede revisarse: Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 1973, 17 de marzo de 2011.

⁴⁵ Cfr. Zolo, Danilo, *Cosmopolis... cit.*, p. 23.

⁴⁶ Cfr. Vallarta, Jose Luis, “La legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma in statu nascendi?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. VIII, 2008, pp. 955 – 984.

equilibrio entre Estados y la paz mundial.⁴⁷ No obstante el crecimiento de las Naciones Unidas y su expansión por muchos otros intereses del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, no hay duda que en los tres diseños descritos, el fracaso es absoluto, o al menos intermitente. Sin embargo, todavía no hay otra forma mejor de resolver los problemas de la sociedad mundial que seguir la ruta del sistema jurídico internacional. La apuesta actual: el constitucionalismo global o la internacionalización del constitucionalismo moderno (o también, la constitucionalización del derecho internacional) y de la mano, un globalismo judicial.

Vuelta así la discusión a las instituciones supranacionales, tribunales internacionales incluidos, de alguna manera debemos regresar a los debates del siglo XX para justificar la existencia del derecho internacional a pesar una ausencia fundamental: la norma base del sistema; y, por tanto, la dificultad de la unidad del ordenamiento mundial.

En el fondo de esta discusión (no podría ser de otra manera) aparece la influencia de Hans Kelsen en el estudio del Derecho, en general, y del propio derecho internacional, en particular. Se debe encontrar una norma que, por un lado, le dé vida y continuidad al sistema internacional, y por el otro, pueda servir como una especie de brújula que oriente la solución de todas las controversias y que permita desarrollar una suerte de control constitucional internacional, en clara similitud al constitucionalismo moderno. Ambas situaciones, sin embargo, todavía son difíciles de comprobar.

La idea del mayor peso de las instituciones internacionales y el crecimiento de los tribunales internacionales hacen necesario volver a esa discusión, en aras de demostrar que la actual diversidad del derecho internacional, al no ser la primera vez que ocurre, no exponen ni la unidad del ordenamiento ni la continuidad del sistema. Es, en todo caso,

⁴⁷ La paz perpetua, la federación de pueblos y el derecho cosmopolítico ya había sido enunciado por Kant, sin decir que debiera formarse un Estado de pueblos, “Ésta sería una contradicción, porque cada Estado tiene dentro de sí la relación de un superior (legislador) con un inferior (el que obedece, es decir, el pueblo); muchos pueblos, sin embargo, en un Estado vendrían a convertirse en un solo pueblo, lo cual contradice la hipótesis...” Kant, Immanuel, *La Paz Perpetua*, Madrid, Mestas, 2007, p. 36; Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Espuela de Plata, 2004, pp. 186 – 200.

esta amplitud de criterios que permiten concebir al derecho internacional como un auténtico derecho, beneficiado de las bondades de no tener una norma escrita que permita su anquilosamiento. Ante esta circunstancia, aparece la función judicial como la idónea para otorgar coherencia al sistema jurídico internacional. Es esta la tarea del actual derecho: enseñar a los jueces internacionales a encontrar en su función el camino prudente del derecho internacional.

La influencia de Kelsen en el derecho internacional, llevaron a los juristas de la mitad del siglo pasado a la búsqueda de una norma que sirviera de base al sistema jurídico internacional.⁴⁸ Que en esa norma descansa todo el ordenamiento significa que su fortalecimiento produce la permanencia del sistema, o de otra forma, su desvanecimiento produciría su desaparición.⁴⁹ Pero bien se sabe que esa norma, de existir, no es escrita; ni aún con la fuerza que actualmente tiene la Carta de San Francisco podría afirmarse que el derecho internacional descansa sobre la base de una norma convencional. Y además, dado que el derecho internacional no es solamente constituido por normas convencionales o normas consuetudinarias, se dificulta cada vez más considerar una norma que funcione como centro o cúspide de toda la estructura jurídica internacional. Se sabe, en cualquier caso, que "... las normas básicas de los diferentes órdenes jurídicos nacionales, encuéntrase, a su vez, fundadas en una norma general del orden internacional. [...] Supuesta la primacía del derecho internacional sobre el nacional, el problema de la norma básica se desvía del orden jurídico nacional al internacional."⁵⁰

Entonces, ante la pregunta de si hay constitución en el ordenamiento internacional, ninguna respuesta es precisa. No obstante, si fuera posible ubicarla, o descubrirla, permitiría abandonar muchos de los problemas aparentes de la fragmentación aludida.

⁴⁸ Como referencia obligada, sobresale el magnífico estudio de Ziccardi, Piero. *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, (ristampa dell'edizione originaria del 1943), Milán, Giuffrè, 2000.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 9.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª. ed., México, UNAM, 2008, p. 143.

Las referencias al *pacta sunt servanda* o a la igualdad soberana de los Estados, si bien contribuyeron enormemente a un derecho internacional convencional, basado preponderantemente en normas escritas, no pueden hoy ser la referencia exacta por la multiplicidad de sujetos, que no son iguales en soberanía.⁵¹ Además, el derecho internacional tradicional es de exclusiva creación estatal, pero una radiografía actual demostrará que la creación de las normas jurídicas no es exclusividad de los Estados, sino que le pertenece a varios sujetos de derecho internacional.⁵²

En efecto, el derecho internacional ya no es absolutamente un derecho de coordinación o derecho entre iguales. Incluso puede revisarse la propia idea de si alguna vez el derecho internacional ha sido, realmente, un derecho entre iguales, o entre igualmente soberanos, lo que ya de por sí se antoja de difícil comprobación, pues resulta que en cada modelo de estructura internacional suelen aparecer los Estados vencedores como más soberanos que otros. Si no, habría que revisar el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU.⁵³

Al lado de la idea de una posible constitución escrita (plasmada en tratados) también apareció la costumbre internacional, como un pacto tácito entre Estados, pero tampoco ha sido esa la referencia exacta. Sobre todo por el fenómeno de la codificación, en el que la costumbre compitió, cara a cara, con las normas convencionales. Tampoco podrían ser los principios generales del derecho, porque, más allá de la anacrónica fórmula acuñada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, basar todo un sistema jurídico exclusivamente en principios, sería tolerar un rezago absoluto en la creación de nuevas formas de entender un derecho que, en tanto producto social, tiene

⁵¹ Una postura contraria a la sostenida en este trabajo puede encontrarse en: Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *et. al., Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 2005, pp. 176 y ss.

⁵² A propósito de la concepción tradicional del derecho internacional “La opinión de que los sujetos del derecho internacional son solamente los Estados y no los particulares, y de que tal derecho es incapaz, por su misma naturaleza, de obligar y facultar a éstos, es errónea.” Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, *cit.*, p. 407.

⁵³ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, México, Porrúa – ITAM, 2007, pp. 112 – 120.

como condición de existencia su dinamismo. En todo caso, el actual derecho internacional recurre excepcionalmente a los principios generales.⁵⁴

Ante este panorama, se pensó también en la existencia de una gran corte internacional que determinara, en última instancia, los criterios fundamentales en el ordenamiento internacional. Así apareció al lado del globalismo internacional la idea de un globalismo judicial, donde el derecho interno encontrara no sólo su razón de validez sino la última instancia de solución judicial. Sobre esto van los párrafos siguientes.

1.3.1 ENTRE EL MONISMO Y EL DUALISMO O EL PLURALISMO JURÍDICO, Y EL GLOBALISMO JUDICIAL KELSENIANO

Entre la literatura del derecho internacional se recurre abundantemente al tema del monismo o dualismo jurídicos para explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno (aun cuando el debate ya podría superarse por estéril).⁵⁵ Kelsen⁵⁶ y las otras escuelas europeas (Anzilotti principalmente,⁵⁷ luego Ago,⁵⁸ en la italiana, y también

⁵⁴ También el Juez Antonio Cançado Trindade, en su opinión separada de abril de 2010, lamentó que la CIJ no se haya basado en principios generales del derecho internacional ambiental, aun cuando el propio artículo 38.1 de su Estatuto la autorizan. Dice el Juez, "... yet, the Court, for reasons which escape my comprehension, preferred not to dwell upon them, missing a unique occasion to give a remarkable contribution to our discipline." Cfr. International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 5 y ss.

⁵⁵ La inutilidad actual del binomio monismo – dualismo, como instrumento cognitivo de la ciencia jurídico, ha sido propuesta por Armin von Bogdandy en: Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 283 – 306.

⁵⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 431 – 462. A esta posición responde Hart en "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Reino Unido, Clarendon Press – Oxford, 1983, pp. 309 – 342.

⁵⁷ Para una lectura del positivismo y dualismo en Dionisio Anzilotti, cfr. Gaja, Giorgio. "Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti", *European Journal of International Law*, Vol. 3, 1992, pp. 123 – 138. También, por supuesto, Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1964, pp. 49 – 82.

⁵⁸ Roberto Ago, en el tercer curso que diera en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, vinculó la ciencia jurídica con el derecho internacional y analizó las teorías prepositivistas, positivistas, normativas y dogmáticas para justificar la existencia del derecho internacional. A propósito de ello, tuvo oportunidad de pronunciarse entre el monismo y el dualismo. Afirmó que el derecho internacional tiene dos fuentes (dualismo): la convención y la costumbre. El primero, de clara tradición positivista; el segundo, espontáneo, no consensual, por tanto, no positivista. Cfr. Ago, Roberto, *Science juridique et droit international*, Académie de droit international, Recueil des Cours, 1956, Vol II, A. W. Sijthoff, Leyde, 1957, pp. 857 – 945.

Heinrich Triepel en la alemana⁵⁹) fueron, sin la menor duda, quienes construyeron ambas teorías del positivismo crítico y del positivismo estatal o imperativo.⁶⁰ Actualmente, no obstante las discusiones que ya cuentan decenios, el debate mantiene su interés debido al problema de aplicación: allá donde existe conflicto entre una norma de derecho internacional frente a una norma de derecho interno no existe consenso sobre la prevalencia de una o de otra. La realidad demuestra que la inercia particular de cada historia estatal es determinante para la solución de un conflicto. En Estados Unidos de América, por ejemplo, prevalece todavía el diseño constitucional interno, en el que, basados en la teoría dualista, es necesario un acto del Poder Legislativo para incorporar aquella que permanece como una norma internacional, al propio derecho interno. En el caso de México, siempre monista, todavía le deja el mayor peso al derecho nacional (la Constitución es la Ley Suprema de Toda la Unión), aun cuando reconoce que la norma internacional forma parte del propio ordenamiento mexicano. En el primer caso, el conflicto es aparente, pues en realidad son normas de distinto campo de aplicación,⁶¹ en el segundo, el conflicto se presenta dentro de un mismo orden jurídico, y por tanto, se aplicarán distintas formas de solución. El resultado evidente puede ser, según el primer caso, la ejecución de José Ernesto Medellín,⁶² en el segundo, la superioridad del Tratado de Libre Comercio frente una disposición de la Secretaría de Economía.⁶³

⁵⁹ El propio Anzilotti señala la obra de Triepel *Völkerrecht und Landesrecht*, como el punto de partida de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Cfr. Triepel, Heinrich, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI, 1923, Vol I, A. W. Sijthoff, Leyde, pp. 77 – 118.

⁶⁰ Treves, Tullio, *Diritto Internazionale. Problemi Fondamentali*, Milán, Giuffrè Editore, 2005, p. 42.

⁶¹ Stone afirmaba que el problema de la jerarquía se resolvía según el orden jurídico en el cual se juzgue la cuestión (esto es en realidad la negación de la jerarquía pues no tiene que resolverse el conflicto) y Kelsen sostiene su propia postura, al demostrar que si un orden jurídico nacional (Estado) se presenta como soberano, excluye la posibilidad de que otro orden también lo sea. De ahí que el monismo supere ese problema, pues en un conflicto de normas, sí será necesario resolverlo; luego, uno se cumplirá en perjuicio del otro. Cfr. Kelsen, Hans, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 4ª. reimpr., México, Fontamara, 2003, pp. 80 - 82

⁶² Cfr. *Medellín vs. Texas*, Supreme Court of United States, Octubre, 2007. En julio de 2011, también fue ejecutado Humberto Leal, que se encontraba dentro de la lista de sentenciados a muerte, incluidos en el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos*.

⁶³ Amparo en Revisión 815/2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo (2007).

El monismo es, pues, la concepción de que el derecho internacional y el derecho interno forman parte de un mismo sistema jurídico. En cambio, el dualismo, distingue entre uno y otro, debido al procedimiento de creación de las normas (fuente normativa), a los diferentes sujetos y a la diferente sustancia.⁶⁴ Kelsen, en respuesta a la concepción clásica del derecho internacional, responde que en ambos derechos existen procedimientos normativos de misma naturaleza: mientras en el derecho interno existe la ley y la costumbre, en el derecho internacional existe un derecho “legislado”⁶⁵ (por los Estados en tanto no hay un órgano que monopolice la creación de normas) y también un derecho consuetudinario. Respecto de los sujetos, afirma que el individuo, aunque de manera indirecta, sí es un sujeto de derecho internacional; y precisamente por este motivo, la sustancia de ambos es la misma: regular la conducta de las personas físicas.

Si como Kelsen afirma, existe un solo orden jurídico entonces deberá comprobarse el procedimiento de validez de normas internas y de normas internacionales. Así, justifica la validez de las primeras en las segundas, aun cuando el derecho internacional no es una auténtica comunidad de Estados sino la confluencia de múltiples ordenamientos nacionales (pluralismo jurídico). De tal forma que, cuando se tienen una norma internacional válida y otra nacional también válida, y ambas aplicables en el mismo tiempo, y que obligan o confieren derechos al mismo sujeto, entonces no pueden pertenecer a sistemas jurídicos distintos, sino a uno solo. Ahora bien, si dentro del monismo prevalece la norma internacional, entonces será internacionalista, si prevalece la norma interna, entonces será nacionalista. Por supuesto, los internacionalistas proveerán mayores argumentos en favor de la superioridad del derecho internacional frente al derecho interno.⁶⁶

Pero en cualquier caso, la postura kelseniana afirma que la norma nacional complementará la internacional, puesto que las internacionales suelen ser normas

⁶⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., 431 – 436. También Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Argentina, El Ateneo, 1965, pp. 260 y ss.

⁶⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, México, Colofón, 2002, pp. 25 – 36.

⁶⁶ “Il est incontestable que le droit international est supérieur au droit interne. Nier cette supériorité serait nier son existence”. Bricambaut, Perrin de, *et. al.*, *Leçons de droit international public*, Paris, Editorial Presses de Sciences Po, 2002, p. 179.

incompletas, en tanto establecen el elemento material, pero no el personal. Debe ser el derecho interno quien establezca con exactitud el sujeto que deberá cumplir la obligación o el que se beneficiará del derecho, establecidos en normas internacionales.⁶⁷

Una gran aportación de Kelsen es que ha reaccionado contra la postura tradicional y ha abierto el estudio del derecho internacional a las nuevas realidades de la segunda posguerra. En los últimos 55 años, el derecho internacional, con mayor razón, puede decirse que goza de un auténtico procedimiento de creación normativa y, gracias a ello, adquiere una dimensión jurídica auténtica. Incluso instituciones como el Parlamento Europeo, o la Comisión Europea, demuestran el tránsito de un derecho supranacional cada vez más parecido al funcionamiento del sistema interno. Por otro lado, el individuo es un auténtico sujeto de derecho internacional, y las organizaciones internacionales adquieren cada día mayor peso, e incluso, a sus actos, pueden atribuirse efectos creadores de derecho.⁶⁸ La postura del jurista austriaco ha sido reforzada y fortalecida en el actual estado de cosas, pues no puede entenderse el derecho interno sin la referencia al derecho internacional.

Ahora bien, Kelsen, anclado a su teoría del monismo jurídico, propuso también un globalismo judicial. En *La paz por medio del Derecho* (1944),⁶⁹ afirma que no sólo basta un rediseño de la estructura internacional, donde el ordenamiento internacional predomine respecto del derecho interno, sino que debe existir un órgano judicial que administre justicia internacional. Cualquier intento de armonizar las relaciones internacionales, sin un órgano jurisdiccional, es un esfuerzo inacabado.

⁶⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional*, cit, pp. 165 - 167. Esto no significa que no existan, para Kelsen, normas internacionales que impongan de manera directa obligaciones o derecho de forma directa, aunque sean excepcionales. Esta visión de Kelsen, a la que volveremos más adelante, ha sido ampliamente desarrollada en la práctica reciente, de tal forma que la mayoría de las controversias internacionales actuales son producidas de manera directa por los individuos. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit, pp. 408 y ss.

⁶⁸ Sobre el alcance y efectos de las resoluciones en el marco de la ONU, ver: Castañeda, Jorge, "Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas", *op. cit.*, pp. 271 – 294.

⁶⁹ Kelsen, Hans, *La paz por medio del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 46 – 48.

Una vez terminada la Segunda Guerra, el ideal internacional kelseniano propone una Liga que incluya vencidos y vencedores, pero en el centro de este diseño se encuentre el órgano jurisdiccional.

Una corte de justicia internacional deberá contar con jurisdicción obligatoria, pues sólo de esa manera podrá arrebatarle a los Estados el monopolio de la voluntad de someterse o no a la decisión de un tribunal internacional (esto es, el anhelado sueño de transitar de la jurisdicción facultativa a la jurisdicción obligatoria). Éste, deberá decidir la cuestión de derecho en el ordenamiento internacional y de esta forma se abandonarían a la guerra como sanción o castigo (*punishment*),⁷⁰ y al sistema de autocomposición que hace primitivo al derecho internacional. Por último, los Estados estarían obligados a cumplir las decisiones de la corte de buena fe. Este es el auténtico globalismo judicial.

Al respecto, cabe destacar el anticipo de más de 50 años que el jurista austriaco realiza respecto de la jurisdicción internacional. Desde luego, no hemos llegado al globalismo judicial, en cambio, tenemos una multiplicidad de tribunales y cortes internacionales. Pero cobra fuerza la idea de una jurisdicción obligatoria, no facultativa, en la CIJ. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante también TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante también TJUE)⁷¹ cuentan ya con ese mecanismo que le quita a los Estados la manifestación de someterse a la jurisdicción del tribunal en un acto distinto al de la manifestación del consentimiento en obligarse al tratado internacional que lo origina.

En la teoría jurídica *kelseniana*, la existencia de un tribunal permite expresar que un sujeto, cualquiera que éste sea, tiene auténticos derechos. De ahí que un órgano

⁷⁰ Esta idea fue primero desarrollada por Hugo Grocio. Cfr. Grocio, Hugo, "De Jure Belli Ac Pacis", en Brown, James (editor), *The Classics of International Law*, Volumen II, Oxford, 1925, pp. 462 y ss. Incluso en la Biblia había ya una clara referencia a la guerra como medio de auto defensa, véase por ejemplo la historia de Sansón, el decimotercer juez, que buena parte de su vida fue utilizar la guerra autodefensa contra los filisteos, quienes también hacían lo mismo: "Entonces Sansón les dijo: Ya que así habéis hecho, juro que me vengaré de vosotros, y después desistiré". Jueces 15:7. También Jueces 14, 15 y 16.

⁷¹ En los nombres de estos órganos judiciales se utiliza la palabra *tribunal*, según la práctica española, que no utiliza el vocablo *corte*, para evitar confusiones con las alusiones al órgano legislativo. Es bien sabido que en la mayoría de los países de América Latina la palabra *corte* refiere también un órgano judicial.

jurisdiccional tendrá mucho mayor peso en el diseño internacional que un órgano político (acaso ese ha sido el mayor error en la actual Naciones Unidas, que deja al Consejo de Seguridad el cumplimiento final de las decisiones del órgano jurisdiccional).

La existencia de una corte internacional permanece como una idea todavía en un tintero, pero cada día de mayor dificultad en su realización, en buena medida por la especialización de las materias internacionales y, también, por la consolidación de otros órganos judiciales.

Por otro lado, Bobbio también contribuyó a la idea de un tercero que, dotado de autoridad, pudiera efectivamente conseguir la paz en las relaciones entre Estados.⁷² Basado en los presupuestos kantianos e interesado en la paz internacional, el filósofo italiano sostuvo que el pacifismo jurídico (“... aquel que considera la guerra el efecto de un estado sin derecho, es decir, de un estado en el que no existen normas eficaces para regular los conflictos”)⁷³ sólo puede lograrse a partir de los pactos de asociación y de sumisión. Las organizaciones internacionales creadas a partir de las Guerras Mundiales son solamente pactos de asociación entre Estados (confederación de Estados), pero no son suficientes para alcanzar la paz universal. Falta, en cualquier caso, la creación de un Estado federal, la creación de un tercero capaz de dirimir controversias internacionales, a la cual estaba llamada la ONU, pero no ha tenido la fuerza necesaria por estar bloqueada de inicio por el derecho de veto de los miembros permanentes. Así, la ONU es el *tercero ausente*.⁷⁴

1.3.2 DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

No podríamos abordar de lleno el tema del pretendido constitucionalismo global sin hacer referencia a la concepción del individuo como sujeto del actual derecho

⁷² Cfr. Bobbio, Norberto. *El tercero ausente, cit.*, pp. 174 – 186.

⁷³ *Ibidem*, p. 183.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 288 – 291.

internacional público; pues el individuo adquiere semejante dimensión solamente cuando puede decirse no sólo que es objeto (sujeto indirecto) de derecho internacional sino sujeto directo del mismo,⁷⁵ o incluso no sólo cuando tiene la aptitud de ser titular de deberes y derechos, sino cuando efectivamente puede exigirlos frente a un tribunal,⁷⁶ y esto hoy en día es una realidad indiscutible. Así pues, nos ocuparemos de cómo el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido una reubicación del individuo en el plano internacional. Luego, gracias a esa reubicación y a la importancia que adquiere el respeto a los derechos fundamentales en las sociedades actuales, es que podemos hablar de la posibilidad de un constitucionalismo global. Mientras a Kelsen y a Bobbio las instituciones internacionales principalmente marcaban una luz en la búsqueda de la paz internacional, para los teóricos del constitucionalismo global, Ferrajoli entre ellos, es el pleno respeto de los derechos fundamentales la función principal del ordenamiento supranacional.⁷⁷ Así pues, justifiquemos primero que el individuo es un sujeto de derecho internacional. Para hacerlo, aportaremos dos argumentos fundamentales: la titularidad de deberes y derechos consagrados en normas internacionales y la posibilidad de exigir frente a órganos, también internacionales, el cumplimiento de esos derechos o que le sean exigidos el cumplimiento de tales deberes.

1.3.2.1 EL INDIVIDUO COMO “PERSONA” EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

⁷⁵ El tema no es novedoso, aun cuando su debate en las aulas de enseñanza del derecho en México sí lo sea. Un buen estudio sobre este tema, donde el énfasis se encuentra en las obligaciones penales del individuo a nivel internacional puede verse en Rateb, Aisha, *L'individu et le droit international public*, Thèse pour le Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université du Caire, Imprimerie de l'Université du Caire, 1959, pp. 18 – 38. O también, sobre la noción del individuo y el derecho internacional, *cfr.* Sperduti, Giuseppe, *L'individu et le droit international, Recueil des Cours*, Académie de droit international, 1956, Vol II, A. W. Sijthoff, Leyde, 1957, pp. 733 – 838. Un estudio más reciente Cohen – Jonathan, Gérard, “L'individu comme sujet de droit international.” en *Mélanges Paul Amselek*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 223 y ss.

⁷⁶ Para seguir con la idea de Kelsen: “Los individuos sólo pueden tener derechos internacionales si existe un tribunal internacional ante el cual puedan comparecer como actores. Los tratados internacionales pueden establecer tales tribunales”; Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, p. 413.

⁷⁷ *Cfr.* Fassbender, Bardo, “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien jurídico internacional”, en Peters, Anne, *et. al.*, (eds.), *op. cit.*, pp. 157 – 162.

La titularidad de deberes y derechos tiene como origen el significado de “persona” o sujeto en la teoría del derecho. En un extraordinario ensayo que apareció publicado en *El derecho y la justicia*,⁷⁸ Rolando Tamayo analiza el concepto de “persona” a partir de los usos que pueden otorgarse en distintos lenguajes: filosofía, literatura y derecho. Tamayo acepta que el uso que la dogmática jurídica le ha dado a “persona” corresponde al de “sujeto” de la filosofía jurídica y actualmente pueden utilizarse como sinónimos, no sin antes advertir de las dificultades que ello implica.⁷⁹

“Persona” significa asumir un papel, ser actor en determinado escenario; no es lo mismo ser individuo, puesto que en el escenario jurídico no sólo ellos pueden actuar, o sea, no son ellos las únicas personas. También, por ejemplo, los entes colectivos como las empresas o las asociaciones, pueden ser personas en el derecho, en la medida que desempeñan un papel determinado. Así, los papeles del escenario jurídico no son exclusivos de hombres o de mujeres.

“Persona significa papel dramático, no hombre.”⁸⁰ En cambio, individuo significa ser humano. Entonces, desde una visión jurídica, existen personas físicas y personas colectivas, pero ambas desempeñan papeles jurídicos. Ahora bien, de la idea de persona se sigue la idea de estatus y capacidad. La primera puede ser identificada como la titularidad de deberes (obligaciones) y derechos; mientras que la segunda, la posibilidad de ejercerlos y exigirlos, por el propio sujeto, o a nombre de él.

De estos planteamientos originados en la teoría jurídica, puede justificarse la condición de sujeto que se otorga a la persona física, desde la óptica internacional. Si el derecho internacional debe parecerse al derecho interno para que sea derecho, no vemos por qué tenemos que utilizar otro tipo de argumento para determinar qué condiciona la subjetividad del individuo a nivel internacional.

⁷⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, “El sujeto del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª. ed., España, Trotta, 2000, pp. 293 – 312.

⁷⁹ Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 129 y ss.

⁸⁰ Tamayo y Salmorán, “El sujeto de Derecho”, *cit.*, p. 297.

De esta forma, puede decirse que el individuo, en tanto persona física, desempeña papeles en el derecho internacional; es un actor de las relaciones internacionales. Luego, el estatus de ese actor, incluye una serie de derechos y obligaciones que se encuentran consagrados en normas internacionales, y por último, aunque en menor medida, tales derechos (en la medida que constituyen derechos subjetivos) u obligaciones pueden exigirse en órganos jurisdiccionales internacionales.

En la teoría kelseniana, una persona jurídica es, pues, el centro de imputación normativa;⁸¹ y no se agota en la persona física,⁸² sino que puede referirse a cualquier centro de referencia de actos jurídicos,⁸³ como, desde el derecho internacional, al propio Estado, a grupos beligerantes, grupos indígenas, entre otros.

En la medida que normas internacionales le otorgan derechos y obligaciones al individuo puede decirse que es un centro de imputación normativa. En el derecho internacional, para hablar del individuo como sujeto, hace falta volver a los fundadores, como les llamó Antonio Gómez Robledo, pues es falsa la frase que afirma que sólo hasta pasada la Segunda Guerra Mundial, el individuo surgió, como sujeto emergente, en el derecho internacional contemporáneo.

Al defender los derechos de los indios, Vitoria, por ejemplo, no sólo les niega el *ius inventionis* a los españoles, sino reafirma “la igualdad jurídica entre europeos y americanos, no obstante su enorme desnivel cultural en aquel momento.”⁸⁴ Esto es tanto como darle un lugar especial al individuo “bárbaro” en la concepción del derecho de gentes. Así, lo que sucede actualmente no es sino un rescate histórico de la posición del individuo, que le otorga derechos subjetivos consagrados en las normas internacionales

⁸¹ “La persona física o jurídica que “tiene”, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos es esas obligaciones jurídicas y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad.” Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª. reimpr., México, UNAM, 1982, p. 183.

⁸² Cfr. Piccato Rodríguez, Antonio Octavio, *Teoría del derecho*, México, IURE, 2006, p. 144.

⁸³ Cfr. Tamayo y Salmorán, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, 2ª ed., México, Editorial Themis, Colección Teoría del Derecho, 1998, p. 85.

⁸⁴ Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del Derecho... cit.*, p. 33. También Vitoria, Francisco de, *op. cit.*, pp. 37 – 57.

de derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los refugiados,⁸⁵ e incluso, del derecho internacional económico. Pero también le impone las obligaciones internacionales de no cometer genocidio, crímenes de agresión, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, además de la piratería.⁸⁶

El individuo es un centro de imputación normativa, primero, porque le son conferidos derechos y obligaciones consagradas en normas internacionales. Debe quedar abandonada, definitivamente, aquella postura que sostiene que el criterio para determinar los sujetos del derecho internacional debe ser la capacidad de negociación, creación, exigencia y aplicación de las normas internacionales. Esto es, mantener la idea del imperio estatal, y excepcionalmente incluir a las organizaciones internacionales.⁸⁷

Ahora trataremos de justificar la subjetividad del individuo a través de la exigibilidad de sus derechos ante tribunales internacionales. Esto debe hacerse porque hay juristas que niegan la existencia del individuo en la medida que no hay posibilidad de actuación en plano supranacional sino a través de un Estado, y específicamente del Estado nacional, incluso para activar al órgano jurisdiccional. Aquí el vínculo creado por la nacionalidad se vuelve fundamental y necesario para la actuación en las relaciones internacionales; por tanto, se afirmaba que un individuo puede interpretar un “papel” en el derecho internacional sólo si es protegido por el Estado, aun cuando haya normas internacionales que le confieran expresamente derechos.

Pero son muchos los casos en los que el mismo Estado quitó la nacionalidad a determinados individuos, o sea, les quitó la posibilidad de actuar en el derecho internacional. En el caso de los apátridas, el panorama bajo la concepción tradicional resulta doblemente aterradora, pues no sólo no cuentan con el camino directo para exigir sus derechos en el plano internacional, sino que no tienen un Estado que eventualmente

⁸⁵ Cfr. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *et. al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*. México, Porrúa – Universidad Iberoamericana, 2003, pp. 105 – 169.

⁸⁶ Cfr. Treves, Tullio, “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia” en *European Journal of International Law*, Volume 20, Number 2, April 2009, pp. 399 – 404.

⁸⁷ Cfr. Jennings, Robert y Watts, Arthur, *Oppenheim’s International Law*, 9^a. ed., Vol. 1, United States of America, Oxford University Press, 2008, pp. 846 y ss.

podiera protegerlos. Actualmente, se reconoce que la nacionalidad, en principio, es el estatus necesario para que los individuos gocen de sus derechos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sostuvo que “La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le privaría de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.”⁸⁸

Seguir estrictamente la posición anterior, significa que la protección estatal es la única vía de participación en plano internacional para el individuo; esto es, la protección diplomática. Todavía así, no podemos olvidar los más recientes estudios que sugieren, o al menos ponen en la mesa de debates, la titularidad individual del derecho a la protección diplomática y la obligación estatal correlativa a ejercerla. No es más un derecho de monopolio exclusivo estatal, sino a petición del individuo.⁸⁹

Entonces no es cierto que los individuos no son sujetos de derecho internacional porque no pueden acudir directamente a un tribunal internacional para exigirlo (idea también *kelseniana*; o sea, quienes acuden a este argumento ubican a Kelsen frente a Kelsen, puesto que el mismo sostiene la subjetividad del individuo en plano internacional). No obstante la reticencia estatal generalizada para acudir al proceso adjudicativo, ya existen tribunales internacionales con jurisdicción obligatoria en los que el individuo ha adquirido un pleno *ius standi*,⁹⁰ por ejemplo frente al TEDH. O el avance progresivo y digno de mencionar en el Sistema Interamericano, donde el individuo ha

⁸⁸ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 139.

⁸⁹ Herrera Torroja, Helena, “La protección diplomática de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 205-237.

⁹⁰ *Cfr.* Cançado Trindade, Antônio Augusto, *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, México, Jurídica de las Américas, 2001, pp. 319-372.

ganado posición en reformas al Reglamento de la Corte Interamericana, pues adquirió una mayor autonomía procesal, delante de la Corte.⁹¹

También este asunto de la personalidad o capacidad de los sujetos de derecho internacional fue revisado por la CIJ en el caso del Conde Bernadotte,⁹² donde se entiende que los sujetos de derecho internacional pueden tener personalidad jurídica plena o personalidad jurídica limitada. En este criterio, la personalidad jurídica plena le corresponde a los Estados, pues, en principio, no tienen límites en su capacidad de obligarse a determinadas conductas, pero se reconoce que una organización internacional (en el caso la propia Organización de las Naciones Unidas) es un sujeto de derecho en tanto puede poseer derecho y deberes internacionales, y que puede ser representada por distintas personas para proteger esos derechos y, por último, que su personalidad es limitada, puesto que no puede obligarse sino a lo que le permite su tratado constitutivo.

De aquí puede seguirse que la CIJ reconoce que pueden existir sujetos de derecho cuando se tiene la aptitud de poseer, o ser titular de deberes y derechos internacionales, aun con personalidad jurídica limitada. Ese también es el individuo: un centro de imputación normativa, con personalidad jurídica limitada y con capacidad procesal en crecimiento.

⁹¹ Por ejemplo, se ha reformado el Reglamento de la Corte Interamericana para que las propias víctimas, familiares o representantes, puedan presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas autónomamente, desde que sea admitida la demanda (aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 el 24 de noviembre del 2000 y entra en vigor el 1° de junio del 2001); desde 2003, las víctimas, familiares o representantes podrán solicitar directamente medidas provisionales (art. 25) y tendrán un plazo de dos meses para la presentación autónoma de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 36) (aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003); desde 2009, la Comisión, las víctimas o los estados podrán presentar objeciones a las excepciones preliminares, dentro de un plazo de 20 días, contados a partir de que se reciban dichas excepciones (art. 42) y después que la Corte haya escuchado a los declarantes en Audiencia Pública, permitirá que la presunta víctima, sus representantes o el Estado demandado presenten sus alegatos. Así también la Corte, después de presentados los alegatos, permitirá un replica y una duplica (art. 51); las presuntas víctimas, sus representantes, el Estado demandante y el Estado demandado podrán presentar alegatos finales escritos (art. 56); (aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009).

⁹² *Cfr.* International Court of Justice, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949.

Esta distinción entre la titularidad y la personalidad limitada, de hecho, se ha realizado en el derecho internacional clásico:⁹³ en el caso del Imperio Alemán, que después de 1945, mantuvo su estatus de sujeto de derecho internacional, aun cuando los órganos del Imperio fueron disueltos y las potencias aliadas se encargaron de administrarlo.⁹⁴

De esta forma, parece que se han aportado argumentos para sostener que la persona física es un centro de imputación normativa, pues cuenta con derechos y obligaciones internacionales; y también puede exigirlos a nivel internacional. Así pues, ya no puede existir ningún lugar a duda respecto de la posición que guarda el individuo en el derecho internacional. No sólo se logró la aptitud de ser titulares de deberes y derechos, sino también la capacidad procesal para exigirlos frente a un órgano jurisdiccional.

En conclusión, la persona física, en el derecho internacional, tiene tres posibilidades para exigir sus derechos: a través de la protección diplomática; a través del sistemas de peticiones individuales, frase general que indica la actuación frente a organismos internacionales no jurisdiccionales; y a través del *ius standi*, como acceso directo al órgano jurisdiccional. Ciertamente es que, en los tres casos se deben agotar recursos internos, pues es el Estado quien tiene oportunidad de subsanar la violación que él mismo ha cometido.

Dice Luis Vigo que existe un tránsito del derecho interno al derecho internacional y del cual se ha beneficiado el individuo: “Un paso que merece ser subrayado en este proceso de judicialización internacional de los derechos humanos, es el reconocimiento por el derecho internacional de la subjetividad jurídica del individuo para reclamar por violación a los derechos en cuestión [...]”⁹⁵ Y también el actual juez de la CIJ y antiguo Juez de la Corte Interamericana afirma que:

⁹³ El derecho internacional clásico va del Congreso de Viena de 1815 a la Segunda Guerra Mundial, *Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, Droit International Public, cit.*, p. 383.

⁹⁴ *Cfr. Herdegen, Matthias, Derecho Internacional Público*, México, UNAM – Konrad Adenauer, 2005, pp. 65 y ss.

⁹⁵ *Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 143.

“Siendo que el derecho internacional contemporáneo reconoce a los individuos derechos y deberes (como lo comprueban los instrumentos internacionales de derechos humanos), no hay cómo negarles personalidad internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento..., El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de plena capacidad procesal, representa, ... una verdadera revolución jurídica, a la cual tenemos el deber de contribuir.”⁹⁶

Antes de terminar el asunto de la subjetividad del individuo, hay una situación tangencial a la noción de sujeto de derecho internacional vinculada con la protección de los derechos humanos. Afirmar que la persona física es un centro de imputación normativa, donde por supuesto están incluidos los derechos (humanos), no significa que todas las personas físicas tienen los mismos derechos, en cualquier circunstancia de lugar en que se encuentren, aun cuando exista la pretensión teórica de universalidad de tales derechos.⁹⁷

Es decir, por un lado se propone un argumento que afirma que no todos los individuos son sujetos de los mismos derechos; por tanto, debe seguirse que los derechos humanos no son universales. Por otro lado se dice que la persona jurídica existe, con atribuciones, incluso antes de que las propias normas jurídicas le otorguen derechos; si esto es cierto, entonces ella se convierte en un sujeto por encima del derecho, cuando en realidad ha sido creada por él. A ese tipo de concepciones Tamayo las refiere como doctrinas esquizofrénicas.

Una esquizofrenia jurídica podría alegarse en perjuicio de una de las tesis centrales de este trabajo que es el estudio de un régimen jurídico en donde el centro de atención es la persona física. Aquí, derechos humanos aparecen como atributos de la persona, bajo una concepción natural,⁹⁸ antes de que el derecho positivo los contemple.

⁹⁶ Cfr. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *El Derecho Internacional de los derechos humanos...*, cit., pp. 328 y ss.

⁹⁷ Cfr. Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1ª. reimp., Madrid, Trotta, 2006, pp. 111 y ss.; Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2ª. ed., México, Gernika, 1998, pp. 167 – 172.

⁹⁸ Aun cuando revisaremos con mayor detalle la historia de los derechos humanos, en páginas posteriores, puede consultarse: Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*, 2a. reimpr., México, Fontamara, 2004, pp. 43 y ss; 97 y ss.

Pero si negamos la universalidad referida en los textos originarios de los derechos humanos, o al menos la enunciamos como una pretensión de universalidad, la esquizofrenia tiende a desaparecer, pues un individuo, en tanto persona, es titular de derechos solo cuando hay una norma que lo establece; en el derecho internacional, la exigencia es que la norma tenga el carácter de internacional.

1.3.2.2 HACIA EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Definida la posición del individuo en las relaciones internacionales podemos orientarnos hacia el constitucionalismo global como construcción conceptual en favor del respeto de los derechos fundamentales de las personas físicas.

Ha sido Luigi Ferrajoli quien con mayor insistencia ha propuesto la idea de un constitucionalismo global. Esto es, el traslado del “derecho como sistema de garantías” en modelo constitucional al constitucionalismo de derecho internacional;⁹⁹ o, la exigencia del cumplimiento de los derechos fundamentales, del derecho interno al derecho internacional, específicamente, al derecho internacional de los derechos humanos.

Las aportaciones de Francisco de Vitoria, identificado por la lucidez de su pensamiento y su aplicación al *ius gentium*,¹⁰⁰ propician en Luigi Ferrajoli la propuesta de fortalecer no solamente la enunciación de principios sobre el respeto de los derechos humanos, ya consagrada en instrumentos internacionales (sean tratados, sean declaraciones) sino la creación auténtica del sistema de garantías, característica fundamental de los vastos trabajos del jurista italiano en referencia a los derechos fundamentales. El vínculo entre la democracia, la crisis de la soberanía, los derechos fundamentales y el modelo garantista pretenden ser elevados a la esfera internacional. El

⁹⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 152.

¹⁰⁰ El *ius gentium* romano, que refería al derecho de las naciones extranjeras civilizadas, adquirió mayor fuerza en su aplicación en la medida que el *jus civile* dejó de ser suficiente para regular los actos jurídicos, principalmente comerciales, realizados más allá de Roma. Cfr. May, Gaston, *Éléments de Droit Romain*, 15a. ed., París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923, pp. 39 – 47.

principal objetivo: dotar de mecanismos jurídicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales, pues “[...] un diritto non garantito non sarebbe affatto un diritto.”¹⁰¹

El primer gran obstáculo en la configuración de este orden constitucional global es, según Ferrajoli, la ciudadanía, como criterio de distinción entre nacionales y extranjeros, y por tanto, como criterio de diferencia en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Ferrajoli pugna por el derrumbamiento de esta barrera pues de esa manera podría lograrse el respeto de los derechos en tanto persona, y no en tanto ciudadano.¹⁰² La referencia adquiere especial atención en el trato de los derechos políticos, que ligados a la tradicional concepción de la soberanía estatal, naturalmente se encuentran reservados a los integrantes de una determinada comunidad política. Y sin embargo, se encuentran profundamente arraigados en todo el discurso de los derechos humanos pues encuentran su origen en la propia *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, una dicotomía que borra las anteriores categorías pero crea otras, hasta el momento insuperables.¹⁰³

La afirmación de la ciudadanía como criterio de distinción entre nacionales y extranjeros niega, absolutamente, la realización total del paradigma del constitucionalismo internacional¹⁰⁴ de la misma manera que su desaparición evidenciaría el nuevo modelo de soberanía estatal.¹⁰⁵ Esto sería así si, como ha dicho Ferrajoli, “[...] los derechos fundamentales dan forma y contenido a la «soberanía popular» y a la «voluntad

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, 3ª. ed., Italia, Laterza, 2008, p. 26; Una crítica a este concepto puede revisarse en Zolo, Danilo, “Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’” en Luigi, Ferrajoli, *Diritti fondamentali, cit.*, p.64.

¹⁰² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil, cit.*, pp. 98 y ss.

¹⁰³ Michel Troper afirma que el uso del vocablo ciudadano en la Declaración francesa, no siempre es unívoco, en ocasiones refiere a los nacionales franceses, en otras, el sentido abarca a todas las personas físicas. Cfr. Troper, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 169 – 199.

¹⁰⁴ Cfr. Ferrajoli, *Diritti fondamentali..., cit.*, pp. 22 – 23.

¹⁰⁵ Cfr. Bonanate, Luigi. “Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani” en Ferrajoli, *Diritti fondamentali..., cit.*, pp. 261 – 262.

popular», la cual no puede manifestarse de forma auténtica si no puede expresarse libremente [...]”¹⁰⁶

De esta forma, Ferrajoli lanza el más grande reto en la actual estructura del derecho internacional, producido por la crisis del Estado y del derecho, hacia el constitucionalismo mundial como la única alternativa racional en un futuro de violencia, nada alentador.¹⁰⁷ Para lograrlo, propone como reformas suficientes: 1) la prohibición y su respectiva garantía preventiva, de todas las guerras que sean perjudiciales para la humanidad entera (actualmente, por “dimensiones y potencia destructivas” lo serían todas las guerras);¹⁰⁸ 2) también de origen en la filosofía de Vitoria, aparece el reconocimiento a los derechos de los pueblos, pero no como un derecho de conquista sino de autodeterminación; 3) la dimensión normativa del derecho internacional, donde, al igual que en el derecho interno, tiene mucho más de artificial que de natural. Esto es, se construye a partir de relaciones de poder y asume la función instrumental que condena, en todos los niveles, al derecho, incluido por supuesto, el derecho internacional;¹⁰⁹ éste también puede construirse a partir de acciones de los filósofos, de los juristas, de los auténticos sujetos que desempeñan un papel en el drama internacional; y 4) una modificación a la jurisdicción de la “hoy escasamente relevante”¹¹⁰ CIJ. Ésta implica una extensión en su competencia, la obligatoriedad de su jurisdicción, la apertura del mecanismo contencioso a los individuos o, al menos, a organizaciones no gubernamentales que protejan derechos humanos, y la codificación de un código penal

¹⁰⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi. “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, *et al*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, México, CAJICA, 2008, p. 73

¹⁰⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Diritti fondamentali e sfera pubblica internazionale” en Bovero, M., *et al.*, *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, 10 dicembre 1948, 2ª.ed.*, Roma, Ediesse, 2008, p. 213. También Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, España, Trotta, 2004, pp. 102 – 106.

¹⁰⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil, cit.*, p. 153.

¹⁰⁹ “El Derecho es un instrumento, un medio, [...]” Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 41.

¹¹⁰ Evidentemente la visión de este trabajo contrasta, por mucho, con la visión de Ferrajoli respecto de la trascendencia o no de la CIJ, pues buena parte de la evolución del derecho internacional actual descansa en las decisiones judiciales, incluso aquellas (posteriores al trabajo de Ferrajoli) en las que ya alcanzan a proteger tratados internacionales que contienen derechos humanos. Sería injusto decir esto, si no se aclara que la frase transcrita aquí, aparece en un ensayo llamado “La soberanía en el mundo moderno”, que fue presentada en el Congreso de Filosofía del Derecho realizado en Trento, en 1994. A partir de esa fecha, varios casos de trascendencia indudable han sido decididos por la Corte Internacional de Justicia.

internacional que propicie el establecimiento de responsabilidad internacional de los individuos que cometan crímenes internacionales.¹¹¹

La propuesta judicial global de Ferrajoli es débil en varios aspectos, pues, primero, la competencia de la Corte no puede ampliarse todavía más en la medida que abarca cualquier controversia de índole internacional. Incluidas las controversias sobre derechos humanos o sobre comisión de crímenes internacionales, siempre que los Estados sean parte en el proceso. El *Caso Diallo* donde expresamente estableció violaciones a documentos internacionales de derechos humanos, y el *Caso relativo a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, son ejemplos suficientes para demostrar que la competencia de la Corte Internacional no tiene límites. Distinto tema es el anhelo de filósofos, constitucionalistas y también de internacionalistas de elevar la jurisdicción a obligatoria y no facultativa. Hacia allá debe construirse el nuevo derecho internacional, independientemente del constitucionalismo global, pues se conseguiría, por fin, que la instancia judicial cumpliera el sueño de la solución pacífica de las controversias, a través de medios jurisdiccionales.

Por otro lado, la inclusión de los individuos o de organizaciones no gubernamentales con capacidad procesal para activar procesos ante el órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas acabaría por descomponer un sistema judicial regional que todavía no termina por consolidarse (en el caso interamericano) y además acrecentaría el *forum shopping*, o concurso de foros internacionales. O permitir el ingreso de los individuos a la Corte Internacional, por deseable que fuera, desbordaría el pretendido sistema judicial, tal como sucede en el caso del TEDH. La CIJ, con 15 jueces permanentes, no tendría posibilidad de agotar la cascada de asuntos que seguramente le llegarían si abre sus puertas a las acciones de individuos.

¹¹¹ Al igual que en comentarios anteriores, esta idea ha sido ya conseguida por la entrada en vigor (1 de Julio de 2002) del Estatuto de Roma (17 de Julio de 1998) que contempla la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales. Pero que al momento del ensayo de Ferrajoli no existía, ni como documento definitivo.

Así pues, no parece ser este constitucionalismo global, ni el globalismo judicial que proteja derechos humanos, la salida correcta al problema del respeto de los derechos fundamentales. Además, como señala Zolo, esta analogía con el derecho interno tiene un presupuesto que no siempre es verdadero, ni cierto: la ausencia de un tribunal internacional global no produce, directamente, la anarquía en el derecho internacional.¹¹² O también, no es cierto que la presencia de un órgano jurisdiccional global termine con la posibilidad de que los propios jueces sean el instrumento de alguien o de algo.

Por último, sostener un constitucionalismo global, que se caracterice por la eficacia y efectividad en la protección de los derechos fundamentales, está más cercano a la utopía que a la esfera de lo realizable. Pisarello, que construye un planteamiento del constitucionalismo cosmopolita cercano a la mundialización capitalista, expresa que si ésta última no ha alcanzado niveles de homogeneidad, no lo será tampoco el primero.¹¹³ Además, si el propio discurso de los derechos humanos es un ensalzamiento desbordante del individuo, no puede pretenderse, así nada más, utilizar el diseño actual de las relaciones entre Estados, para internacionalizar un modelo constitucional.

Revisar aquí la propuesta del constitucionalismo global a la constitucionalización del derecho internacional es para demostrar que la fragmentación del derecho internacional rechaza la idea del globalismo,¹¹⁴ en tanto unidad, y sin que eso signifique la anarquía política, o la violación ilimitada de los derechos humanos. Abandonar la postura del monismo jurídico como criterio de jerarquía, sería solamente para ingresar al mundo del pluralismo jurídico, no sólo desde existencia de tantos órdenes jurídicos como Estados haya, sino que el mismo derecho internacional da cuenta de subórdenes jurídicos

¹¹² Cfr. Zolo Danilo, *Los señores de la paz*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 116 – 118. Afirma también Zolo que “Nell’ambito internazionale l’assenza di una giurisdizione accentrata non equivale a una situazione di anomia e di anarchia nel radicale senso hobbesiano del bellum omnium contra omnes.” Zolo, Danilo, *Cosmopolis... cit.*, p. 128.

¹¹³ Cfr. Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derecho: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, España, Universidad de Alicante, 2000, pp. 23 – 53.

¹¹⁴ “Fragmentation is, after all, the result of a conscious challenge to the unacceptable features of that general law and the powers of the institutions that apply it.” Koskeniemi, Martti, “The Fate of Public International Law:...” *cit.*, p. 19.

especializados. De ahí que apostar por uno solo, global, único, constitucional, estructural, es una tarea irrealizable. Es precisamente el pluralismo jurídico el que nos acerca a una perspectiva no autoritaria en el derecho internacional, pues promueve la diversidad y la libertad. Es en esta fragmentación internacional donde se demuestra que el derecho internacional no está acabado, “no se agota” según dice la fórmula de Pinto.¹¹⁵

No podemos obviar, por supuesto, que el propio Kelsen reconocía que el Estado federal kantiano topaba con muchas barreras de diseño, de ahí que se orientó por la existencia de una corte internacional global. Así pues, tanto Kelsen, Bobbio o Ferrajoli apuntan a la construcción de una sociedad internacional monopolizada o globalizada (especialmente centralizada en ámbito judicial) pero la fragmentación del derecho internacional termina con esas aspiraciones. Es decir, la fragmentación judicial, en sede internacional, frustra la idea del globalismo judicial *kelseniano* o del constitucionalismo global *ferrajoliano*.

Hay por último que destacar la posición de von Bogdandy respecto de la ubicación del derecho internacional como derecho público a partir del fortalecimiento de las organizaciones internacionales y la gobernanza global.¹¹⁶ Según esta postura, la distinción entre fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales tiende a desaparecer, pues cada vez más son las organizaciones internacionales quienes determinan buena parte de las políticas que debe seguir un gobierno. Este es el argumento principal, pues en la medida que restringe la esfera de otros sujetos, semeja más la concepción tradicional del derecho público y, en todo caso, crea un *ius publicum commune*, (*europaum* a partir, del fenómeno de integración jurídica dentro de la Unión Europea). El derecho institucional

¹¹⁵ Pinto, Mónica, *El derecho internacional... cit.*, p. 161.

¹¹⁶ Cfr. Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público... cit.*, pp. 93 – 119; Bogdandy, Armin von, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany” en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 1, 2006, pp. 223 – 242. Bogdandy, Armin Von, “La protección de los vulnerable: un ejemplo de gobernanza posnacional” en Bogdandy, Armin Von *et. al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM – IJ, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 313 y ss.

internacional reflejaría, por tanto, la idea autoridad en tanto restricción del espacio de actuación de un sujeto de derecho. No hay en el fondo de esta novedosa propuesta sino el trasfondo germano kantiano de la construcción de orden jurídico supranacional. Y si bien puede reconocerse la edificación de un derecho de las instituciones internacionales distintas a los Estados, no necesariamente significa que estemos frente a posicionamientos globales. En cambio, una compleja sociedad internacional, a partir de la fragmentación del derecho, dificulta cada vez más el orden social.

1.4 LA SUPERACIÓN DEL GLOBALISMO JUDICIAL POR LA FRAGMENTACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.

Nos acercaremos aquí de manera más detallada a la historia de las organizaciones judiciales internacionales y a los problemas que se generan con la multiplicación de cortes y tribunales internacionales, para sostener, al final, como hemos dicho, que no existe más la idea de un globalismo judicial; pero que resulta necesario convivir con la diversidad judicial que se produce actualmente.

El camino de la era judicial internacional, si bien comienza con el Tratado Jay,¹¹⁷ encuentra la primera noción de permanencia en el inicio del siglo XX,¹¹⁸ con la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada después de la Primera Guerra Mundial. Esta Corte Permanente heredó sus funciones a la actual CIJ, creada como principal órgano jurisdiccional de la Organización de las Naciones Unidas, con sede en la Haya, Países Bajos. Ambas cortes nacieron para resolver controversias en las que sólo los Estados son parte; de ahí que puede sostenerse que esta limitación en la jurisdicción haya propiciado, al menos en una medida considerable, la creación de otros tribunales o cortes

¹¹⁷ Cfr. Brown, Chester, "The proliferation of international courts and tribunals: finding your way through the maze", *Melbourne Journal of International Law*, Vol 3, 202, Review Essay.

¹¹⁸ Cfr. Charney, Jonathan, "The impact on the International Legal System of the growth of international courts and tribunals", *American Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, pp. 697 y 698.

internacionales para resolver controversias que evidentemente no podían ser llevadas ante ellas.¹¹⁹

También en el ámbito del comercio internacional podrían hacerse consideraciones similares, (aunque desde luego otras razones también son válidas en este campo, por ejemplo, tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, bloques regionales de integración, etc.) pues en los procedimientos ante la Organización Mundial de Comercio sólo pueden participar sus miembros, esto es, Estados y algunos territorios que han adquirido el carácter de miembro sin ser estrictamente Estados (por ejemplo, la Unión Europea). Pero no podría negarse que las personas físicas o las personas jurídico-colectivas también están interesadas en el comercio internacional. En este caso se han constituido también mecanismos judiciales que le abren las puertas a sujetos del derecho internacional distintos de los Estados, por ejemplo, en procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹²⁰ o en los mecanismos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En síntesis, que sólo los Estados sean parte en una controversia ha abierto la puerta a la creación de otros órganos judiciales.

De las críticas que Danilo Zolo¹²¹ construye en contra de Habermas¹²² y Kelsen, resulta sugerente aquella referida especialmente al globalismo jurídico. Entre otros argumentos en contra de la primacía del derecho internacional institucionalizado propuesto por Kelsen, Zolo incluye la postura cosmopolita en sede internacional para desestimar aquella que supone negarla. La idea de un órgano supranacional, de un Estado mundial kelseniano parece encontrarse de frente con la idea del cosmopolitismo jurídico,

¹¹⁹ Cfr. Treves Tullio, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 33 y ss. Incluso, Robert Jennings (quien fue juez y presidente de la CIJ) lamenta que las organizaciones internacionales no puedan tener procesos frente a la Corte Suprema de la comunidad internacional. Cfr. Jennings, Roberto, "The United Nations at Fifty: the International Court of Justice after fifty years", *American Journal of International Law*, The American Society of International Law, July 1995, pp. 504-505.

¹²⁰ No se pasa por alto que existe doctrina que distingue entre órganos jurisdiccionales internacionales y órganos jurisdiccionales transnacionales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bajo esta clasificación, formaría parte del segundo grupo.

¹²¹ Zolo Danilo, *Cosmopolis... cit.*, pp. 33, 117 y ss.; Zolo Danilo, *Los señores de la paz,... cit.*, pp. 21 – 45; 47 – 65.

¹²² Véase, por ejemplo, Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 78 y ss.

en el cual podría situarse la fragmentación del derecho internacional en general, y la fragmentación judicial internacional, en particular. De esta forma, el camino de la expansión de los tribunales y cortes internacionales no sigue la estrategia trazada por Kelsen, de alguna manera también pensada en la Carta de San Francisco,¹²³ en el sentido de crear un gran sistema jurídico que incluyera todos los sistemas jurídicos internos de los Estados.

El tema así planteado nos regresa, al menos por un momento, a establecer que el derecho internacional público no es un derecho institucionalizado,¹²⁴ o al menos, no totalmente institucionalizado. Es más, como sabemos, Kelsen asegura que es un derecho rudimentario o primitivo; porque no existe un órgano centralizado que tenga el monopolio de la sanción, como sucedería en el derecho interno, sino que son los mismos Estados los que sancionan a otros por violaciones a normas internacionales.¹²⁵ Aquí la analogía con el derecho doméstico o derecho interno es fundamental, y puede servir para establecer que el derecho internacional no es derecho, pues no cuenta con los monopolios de creación de normas y de sanción por incumplimiento de ellas. Pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el derecho internacional no sea derecho, como lo sostendría Nino,¹²⁶ o incluso con ausencia de algún tipo de reglas, como afirmarían Hart.¹²⁷ En todo caso, si hace falta que el derecho internacional se parezca cada vez más a la forma de operar de las instituciones del derecho interno, pues el derecho, sea interno o internacional, es uno.¹²⁸

¹²³ De aquí se sigue la postura de Antonio Cassese de comparar el modelo westfaliano, como el modelo de igualdad entre los Estados, con el modelo de la ONU, más ligado al centralismo institucional internacional. Cfr. Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 46 – 53.

¹²⁴ Cfr. Akehurst, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*, 2ª reimp., Salamanca, Alianza Universidad Textos, 1994, pp. 11 – 19, 61 – 76.

¹²⁵ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría General del derecho y del Estado*, cit., pp. 390 y ss.

¹²⁶ Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, 11ª. Edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 107.

¹²⁷ Cfr. Hart, H. L., *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, pp. 263 y ss.

¹²⁸ Y parece que, al menos en la noción de sanción, el requisito se satisface si se sigue el siguiente razonamiento: quien aplica la sanción en el derecho interno es un órgano del orden jurídico, instituido éste a su vez por una comunidad determinada. Al final, quien tiene el monopolio es la comunidad. Lo mismo sucede en el derecho internacional: los Estados, el Consejo de Seguridad o los órganos judiciales, aplican una sanción al hecho internacionalmente ilícito (acto antijurídico) y en algunos casos, incluso usan la fuerza. Si

Pues bien, como hemos apuntado, la ruta de Kelsen plasmaba un monismo jurídico, donde el fundamento de validez de la norma jurídica interna se dirigiera necesariamente a una norma internacional.¹²⁹ Hasta aquí la propuesta es excesivamente sugerente, porque de ser así, los problemas de la triste ineficacia del derecho internacional tendrían sus días contados. Luego, el camino lógico sería establecer un órgano judicial global, con monopolio de sanción, que verificara el cumplimiento de las normas internacional.¹³⁰ Pero la fragmentación o expansión judicial internacional ha roto el esquema del globalismo judicial *kelseniano*, pues en la medida que se cuentan distintos medios judiciales de solución de controversias, no se piensa con decisión, todavía, en la creación de un Leviatán mundial con su respectivo órgano judicial.

Por lo pronto, vale decir, que la tendencia del pacifismo mundial basado en órganos centrales del derecho internacional no parece ser ya la estrategia adecuada. Aun cuando el derecho internacional permanece como una solución idónea.

Vista esta circunstancia desde otra perspectiva, la proliferación judicial internacional no refuerza, absolutamente, el cosmopolitismo jurídico, ni tampoco niega de forma rotunda el globalismo institucional. En efecto, la expansión de órganos judiciales internacionales no es una consecuencia directa de la existencia y disenso de diversas culturas, ni aun de diversas culturas jurídicas, sino producto de la especialización y regionalización de distintas áreas del propio derecho internacional. No hay tribunales internacionales porque haya varios derechos. En todo caso un derecho se regionaliza o especializa. Y además se puede encontrar un último intento de rescate de la propuesta

bien no hay un solo órgano destinado a la aplicación de la sanción, al estar regulados todos ellos por el orden jurídico internacional, es la comunidad, que ha creado ese orden jurídico, quien sí monopoliza tal sanción. Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y paz en la relaciones internacionales*, Ediciones Coyoacán, México, 2012, pp. 72 – 84.

¹²⁹ “[...] De este modo, las normas básicas de los diferentes órdenes jurídicos nacionales, encuéntrase, a su vez, fundadas en una norma general del orden internacional [...]” Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, p. 143.

¹³⁰ Si bien el problema de la coacción es todavía superior al de la sanción en el derecho internacional. Otro debate sería el de establecer un monopolio de coacción, donde las desventajas y ventajas serían completamente diferentes.

del globalismo jurídico¹³¹ si pensamos en la Corte Internacional de Justicia como Corte de cortes, como una corte de alzada, que resuelva en segunda instancia y de manera definitiva.

Hasta el momento, nos hemos referido al fenómeno de la fragmentación del Derecho Internacional también con los vocablos “expansión” o “proliferación”, pero para no utilizar la palabra proliferación, que podría demostrar la expansión de un fenómeno dañino,¹³² hablaremos mejor de multiplicación o de extensión de los tribunales y las cortes internacionales. Como ya lo dijimos, que exista una política abrumadora de negociación entre los actores de las relaciones internacionales, no significa que haya menos disputas. Al contrario, la idea de la extensión de tribunales y cortes internacionales encuentra sustento sólo a partir de la proliferación (aquí sí en sentido de daño) de disputas entre Estados y de la expansión de violaciones de derechos humanos, o de la comisión de crímenes internacionales.

Para el desarrollo del tema propuesto, podemos hacer una precisión: la literatura sobre órganos judiciales internacionales pretende distinguir, aunque sin mucho consenso, entre el uso de los vocablos “cortes” y “tribunales”.¹³³ Que sea uno u otro depende de la permanencia del órgano judicial, pues podrá ser llamado “corte”, si el órgano es permanente, y “tribunal”, si es temporal (*ad hoc*). Una excepción a la regla es el Tribunal Internacional del Mar. En la medida de lo posible seguiremos esta distinción, o nos referiremos a ambos a través de la expresión órganos judiciales internacionales.

¹³¹ Como ya mencionamos, puede definirse también como constitucionalismo global. Aquí me separo, desde una visión internacionalista, de la postura de Rodrigo Brito, aún cuando él mismo ha expuesto, con Pisarello, la posibilidad de utopía en la propuesta. Cfr. Brito, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa – Facultad de Derecho UNAM, pp. 188 y ss.

¹³² Aquí se sigue la idea del Juez del Tribunal Internacional del Mar, Treves, Tullio, “Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 809 y ss. Si bien la voz “proliferación”, tanto en inglés como en español demuestra la multiplicación abundante o la reproducción abundante de formas similares, sin que realmente exista un sentido negativo.

¹³³ Vale advertir, que en el español peninsular, el vocablo “cortes” alude también a órganos legislativos, de ahí que sea práctica reiterada aludir a órganos jurisdiccionales como tribunales. En América Latina, en cambio, el vocablo corte también es utilizado para órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, los artículos 1, 2 y 33 de la Carta de San Francisco aluden a la Solución Pacífica de Controversias como principio rector de la Organización, esto significa que dentro de los medios de solución de controversias se encuentran los diplomáticos, los adjudicativos, los consagrados por algunos organismos internacionales e incluso cualquier otro que decidan las partes. También es preciso decir que cuando se refiere a la expansión de los órganos judiciales en realidad se debería pensar en la expansión de los medios adjudicativos en términos del artículo 33 de la Carta, es decir, del arbitraje y del arreglo judicial. Sin embargo, para no dejar lugar a confusión, aludiremos al “*test of judiciality*” propuesto por Christian Tomuschat y añadido por Cesare Romano. Sostienen que estamos frente a un órgano judicial internacional si se reúnen las siguientes características: 1) permanencia del órgano; este criterio deja fuera, por tanto, los tribunales arbitrales, que tienen como característica fundamental su temporalidad. 2) establecimiento a través de normas internacionales; 3) decisión basada en derecho internacional; 4) pre-existencia de normas procesales para la solución de la controversia; y 5) obligatoriedad de las decisiones finales. El segundo agrega que: 6) el órgano judicial debe estar compuesto por jueces permanentes, designados por mecanismos imparciales; y 7) la controversia debe ser entre dos sujetos de Derecho Internacional, de entre las cuales, necesariamente una parte debe ser un Estado o una organización internacional.¹³⁴

Seguir sin concesiones el anterior *test* produce claridad para estudiar determinados órganos, pero confusión para ubicar a otros. Por ejemplo, acertadamente, bajo el criterio número 5, se dejarían fuera algunos órganos en materia de derechos humanos, de los que sus resoluciones no son vinculatorias, como en el caso del Comité de Derechos Civiles y Políticos, que si bien sigue normas de procedimiento ligadas a un proceso propiamente dicho, sus observaciones no son obligatorias para las partes. Bajo el criterio 1, quedarían fuera los tribunales arbitrales; o bajo el criterio 7, no podrían ser contemplados los arbitrajes de derecho internacional privado. De cualquier forma, se constata la expansión en los últimos años de cortes y tribunales, y de órganos *cuasi*

¹³⁴ Cfr. Romano, Cesare, “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 713 – 715.

contenciosos pero no sería adecuado denominarles, genéricamente, órganos judiciales internacionales. Por otro lado, bajo los criterios enunciados aparece confusa la ubicación del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, o la ubicación de los tribunales penales *ad hoc*. Sin embargo, en este rubro, quienes proponen el *test* anterior flexibilizan su postura para incluir en el rubro de órganos judiciales internacionales, a los tribunales penales *ad hoc*, y los mecanismos de solución de la OMC.

La clasificación anterior puede flexibilizarse hasta alcanzar mecanismos que también pueden estar cercanos al arbitraje; hacerlo, obedece a dos razones fundamentales: la primera es que resulta una tarea titánica verificar los criterios de todos los tribunales arbitrales, o también de aquellos órganos *cuasi* jurisdiccionales. Es decir, nuestra clasificación reduce el campo de estudio, dados los problemas que puede producir la fragmentación judicial y que revisaremos con mayor detalle en el próximo apartado. Pero también es cierto que en una investigación de mayor alcance debería ampliarse el espectro de estudio para incluir a los procedimientos adjudicativos existentes. La segunda razón es considerar que los procedimientos de solución del TLCAN no tienen una naturaleza definitiva, así como los de la OMC (específicamente me refiero a la conformación de los Grupos Especiales). No son auténticos arbitrajes, pero tampoco son cortes internacionales que cumplan a cabalidad los siete criterios expuestos.

1.5 DE LAS CAUSAS DE LA DIVERSIFICACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL, SUS PROBLEMAS Y LAS POSIBLES SOLUCIONES.

Se han creado en el ámbito de derechos humanos tres cortes regionales, en el ámbito económico varios tribunales arbitrales u órganos con una naturaleza mixta entre una corte y tribunal; en materia penal, gracias al Estatuto de Roma de 1998, se creó la Corte Penal Internacional, y por último, en Derecho del Mar, se creó un órgano jurisdiccional a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Los temas ambientales o tecnológicos requieren de normas internacionales especializadas, pero todavía no se han creado cortes especializadas y las controversias en esos temas pueden

resolverse en algunos de los órganos judiciales existentes, o sea, en el órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas: la Corte Internacional de Justicia,¹³⁵ o también en el TEDH.¹³⁶

Los problemas previstos, serían al menos: 1) elección del foro más favorable; 2) posibilidad de fallos y normas sustantivas contradictorias; y 3) ausencia de jerarquía formal entre cortes y tribunales internacionales. Comentaremos cada uno de ellos y expresaremos las posibles soluciones.

1.5.1 ELECCIÓN DEL FORO MÁS FAVORABLE O *FORUM SHOPPING*.

Este asunto no es reciente si lo vemos desde la perspectiva del derecho interno o desde la del derecho internacional privado. Sin embargo, en el derecho internacional público sí es un fenómeno relativamente reciente. El *forum shopping* es un concurso de foros. Si concurren varios órganos judiciales autónomos entonces existe la posibilidad de que los abogados de las partes en una controversia puedan seleccionar el foro que le sea más favorable, es decir, la corte o tribunal que mejor convenga a los intereses. El requisito fundamental es situarse frente a dos o más cortes internacionales que tengan competencia para conocer de los mismos hechos, aunque el derecho aplicable sea distinto. Esto último evitaría que se hablara de litispendencia, pues, en efecto, no se configurarían todos los elementos, como la identidad en las partes, o el mismo derecho aplicable. Como referencia jurisprudencial en el tema puede citarse el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, donde la Corte IDH verificó la posibilidad de la existencia de la litispendencia. Allí se estableció que, para su configuración, es necesaria la reproducción de la petición, y esto incluiría la identidad de las partes, del derecho aplicable, y del

¹³⁵ Cfr. International Court of Justice, *Dispute concerning the alleged aerial spraying by Colombia of toxic herbicides over Ecuadorian territory* (Ecuador vs. Colombia), Application of 31 March 2008. O véase también, el ya resuelto, International Court of Justice, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina vs. Uruguay) Judgment of 20 April 2010.

¹³⁶ Cfr. Cour EDH, *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*, (Requête no. 48939/99), Arrêt 30 novembre 2004.

objeto.¹³⁷ En efecto, principios generales del derecho como *res iudicata*, *les alibi pendens* o *forum non conveniens*, no terminan definitivamente con el concurso de foros en el nivel internacional pues existe la discrecionalidad que le permite a cada corte o tribunal mantenerse con su jurisdicción.¹³⁸

En ámbitos comerciales internacionales, como lo plantea Carlos Reyes,¹³⁹ el *forum shopping* puede presentarse, por ejemplo, entre un panel construido en el marco del Capítulo XIX del TLCAN y un procedimiento iniciado en el marco de la OMC. Existieron también dos foros paralelos en el caso de Unión Europea- Chile, referente al tránsito y a la importación del pez espada, los cuales eran un Grupo Especial formado a partir de la reclamación hecha por la Unión Europea y también un proceso ante el Tribunal Internacional del Mar, que en diciembre de 2009 quitó el asunto de su lista de casos pendientes debido a que las partes llegaron a acuerdos de cooperación.¹⁴⁰

El problema del *forum shopping* así planteado, permite a los asesores de los gobiernos en una controversia guiarse por distintas razones, en ocasiones no necesariamente jurídicas,¹⁴¹ al momento de seleccionar el foro para litigar la controversia. Por ejemplo, un gobierno puede guiarse por las ventajas legales que el propio foro le otorgue; pero también puede ser decisivo en algunos casos realizar consideraciones políticas,¹⁴² respecto de la conveniencia o no de activar procedimientos regionales o aquellos multilaterales; otra consideración no jurídica sería lo práctico del procedimiento,

¹³⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Serie C No. 61, párr. 53.

¹³⁸ Cfr. Pauwelyn, Joost y Salles, Luiz Eduardo, "Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) concerns, (Im)Possible Solutions", *Cornell International Law Journal*, Winter, 2009, p. 79.

¹³⁹ Cfr. Reyes Díaz, Carlos, *Comercio Internacional. Jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, México, Facultad de Derecho – Porrúa, 2007, pp. 126 y ss. De hecho, Carlos Reyes plantea el Caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa como uno de los casos emblemáticos.

¹⁴⁰ Cfr. International Tribunal for the Law of the Sea, http://www.itlos.org/start2_en.html (consulta: 12 de febrero de 2010).

¹⁴¹ Cfr. Gantz David, "Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: choice or Forum Opportunities and Risks for the Parties", *American University International Law Review*, 1999, p. 1098.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 1103 y ss. Afirma Gantz que: "Politics is likely to be a factor in some cases, in the sense that the Parties seek to place maximum pressure on each other toward settlement. This way well lead to multiple filings, as in Restrictions on Tomatoes (Quotas)/Mexican Tomatoes (Dumping), Restrictions on Sugar/High Fructose Corn Syrup, and Farm Products Blockade (NAFTA)/Farm Products Blockade (WTO)" p. 1103.

que incluiría la celeridad procesal con que puedan resolverse los juicios frente a unos y otros órganos jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, el *forum shopping* no siempre es un problema para el derecho internacional, pues en realidad siguen siendo pocos los casos en los que puede asegurarse una contradicción de criterios. Se apela más a la cortesía entre tribunales y cortes, es decir, una especie de freno a la competencia del órgano jurisdiccional, impuesta por el propio órgano que tiene competencia, en el momento de advertir de que otro órgano jurisdiccional está resolviendo un caso, con elementos comunes. Finalmente, los órganos judiciales internacionales son maestros de su jurisdicción, pues sólo ellos son competentes para determinar su competencia.¹⁴³ Ahora bien, si esto se presenta así, entonces evitaríamos los procesos paralelos, pero todavía quedaría intacta la competencia de un órgano para conocer un caso, posterior a la resolución del primero; y entonces, dada esta circunstancia, el problema de resoluciones contradictorias prevalecería. O también podría analizarse la posibilidad de un efecto reflejo de la cosa juzgada.

Ahora bien, una posible obligación de frenar el conocimiento de un caso, en razón de una cortesía internacional, no ha sido aceptada por el Grupo Especial, y luego por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio en *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*.¹⁴⁴ Por un lado, existe la regla ya aludida de la *compétence de la compétence*, aplicable a los órganos judiciales internacionales. Pero por otro lado, existe la jurisdicción obligatoria, de la cual gozan los órganos de solución de diferencias de la OMC. En el caso mencionado, México alegó que el Grupo Especial debía abstenerse de conocer, esto es, declinar su jurisdicción, debido a la existencia de otro procedimiento ya iniciado en el marco del TLCAN. México sostuvo además una razón de

¹⁴³ Ver como ejemplo, International Court of Justice, *Nottebohm Case* (Liechtenstein vs. Guatemala) Preliminary Objection, Judgment of 18 November 1953, p.119; o en la Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 31; “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).”.

¹⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, AB-2005-10, párrs. 45 y ss.

economía procesal y, sobretodo, la facultad inherente al órgano judicial de determinar o no sobre su jurisdicción. China¹⁴⁵ sostuvo además que, si se procediera conforme al dicho de México, se crearía inseguridad jurídica en el sistema multilateral de comercio; en tanto, las Comunidades Europeas¹⁴⁶ sostuvieron que si bien existían facultades inherentes a los órganos judiciales de establecer si tiene o no jurisdicción, no basta el argumento de economía procesal para declinarla cuando ha sido debidamente sometida una controversia en términos de las reglas aplicables.

El Grupo Especial sostuvo que respecto de su jurisdicción no existe discrecionalidad, pues se confirma la jurisdicción obligatoria, y no quiere decir tampoco que se niegue la fórmula *compétence de la compétence*. Al contrario, en la medida que los órganos jurisdiccionales avancen con firmeza hacia la jurisdicción obligatoria, sería bienvenida la disminución de la discrecionalidad.

1.5.2 POSIBILIDAD DE SENTENCIAS CONTRADICTORIAS Y NORMAS INTERNACIONALES EN CONFLICTO.

Si existen varios órganos jurisdiccionales, entonces puede existir la posibilidad de que las resoluciones definitivas sean contradictorias. Y en última instancia, que así sea, podría producir la inestabilidad o ineficacia de un determinado sistema o subsistema, dentro del derecho internacional,¹⁴⁷ o incluso su incoherencia.

Ahora bien, hay casos en los que aun cuando existen dos cortes competentes, no necesariamente sus resoluciones serán contradictorias, pues su actividad es particularmente distinta. Por ejemplo, en el *Caso Tadić*, el Tribunal Penal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia, configuró la responsabilidad penal individual por comisión del crimen de genocidio, mientras que la CIJ, en el *Caso para prevenir y sancionar el Genocidio, Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro*,¹⁴⁸ acreditó también la existencia de genocidio,¹⁴⁹

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 34.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 36.

¹⁴⁷ Cfr. Pauwelyn, Joost y Salles, Luiz Eduardo, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁸ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment of 26 February 2007, párrs. 231 – 376.

pero no estableció la responsabilidad estatal de Serbia por una conducta de acción,¹⁵⁰ debido a que no se acreditó el control efectivo, ya utilizado en el *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares, Nicaragua vs. Estados Unidos de América*.¹⁵¹ Esto significa que un mismo hecho puede observarse desde dos o más ópticas legales, sin que una tenga preferencia por la otra. Otro ejemplo es la aproximación a la cláusula del trato nacional que puede verificarse bajo los acuerdos del GATT, Artículo III, o también bajo el Capítulo XI, del TLCAN.

Es precisamente este abanico de posibilidades, diversidad de ópticas, donde se demuestra que podrían existir sentencias contradictorias, sin consenso todavía sobre una posible solución: el órgano jurisdiccional de alzada.

En efecto, una de las soluciones a la posible contradicción de criterios es el análisis del doble grado en jurisdicción internacional. Un principio aceptado y establecido en normas orgánicas de las cortes internacionales es el impedimento de recurrir el fallo, o lo que es lo mismo, principio de definitividad de las sentencias internacionales. La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han funcionado de esa forma, aun cuando existe el recurso de interpretación del fallo, que no es un auténtico recurso puesto que no logra modificar el sentido del fallo en el mérito, sino, precisamente, clarificarlo.¹⁵²

No obstante lo anterior, el hecho de incorporar tribunales y cortes de otras materias requieren de una revisión y de una excepción a tal principio. Cítense en este caso, la Corte Penal Internacional y los tribunales penales *ad hoc*, donde el individuo tiene

¹⁴⁹ *Idem*. De cualquier forma, en este caso, la CIJ, dio por probados los hechos que así se entendieron en el proceso ante el Tribunal *ad hoc*, y evitó con ello, el doble despliegue procesal para verificar la existencia del genocidio, tal como lo alegaba Bosnia Herzegovina.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 377 – 424. Si bien, si se acreditó la responsabilidad de Serbia, respecto de las obligaciones de sancionar y prevenir el genocidio, conforme a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio, *Ibidem*, párrs. 425 – 450.

¹⁵¹ International Court of Justice, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, párrs. 108 y ss.

¹⁵² Véase sólo como ejemplo, International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*), Judgment of 19 January 2009.

la posibilidad de recurrir el fallo ante la Sala de Apelaciones. Por otro lado, en comercio internacional y procesos de integración, puede señalarse el doble grado de jurisdicción que es aplicado en el seno de la Unión Europea, donde fue creado un tribunal de primer grado, respecto de las cuales sus resoluciones podrán ser apeladas. O, cuando se trata de diferencias entre Estados, es el mecanismo de revisión establecido en la estructura de la Organización Mundial de Comercio, donde el Órgano de Apelación resuelve en segunda instancia respecto del Grupo Especial que lo ha hecho en primer grado. Podría decirse incluso, que el llamado consenso negativo, podría funcionar como una última instancia respecto de aquellas decisiones del propio Órgano de Apelación. Por último, también existe la posibilidad en el TEDH, de recurrir el fallo de las Salas, en donde la Gran Sala funciona como revisora.

Por último, respecto de esta posibilidad de posturas contrarias, no podemos dejar de mencionar los casos entre normas sustantivas. Aquí no es que existan contradicciones entre resoluciones definitivas sino entre normas aplicables a distintos regímenes autónomos del derecho internacional. Es decir, una vez que ha sido identificado el fenómeno de fragmentación del derecho internacional en razón de su especialización, es probable la existencia de normas contradictorias. Y puede presentarse, una vez más, la noción de la jerarquía de normas internacionales, que si bien sería materia de otro estudio, nos puede bastar, por ahora, establecer que dentro de las fuentes del derecho internacional, así como en las normas internacionales no existe jerarquía.¹⁵³ Por lo tanto, los conflictos entre ellas no podrán solucionarse bajo el principio de norma superior, excepción hecha de las normas *ius cogens* y de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del artículo 103.

Si las normas internacionales son de igual jerarquía, entonces la propuesta de solución incluye las siguientes reglas: 1) norma posterior deroga norma anterior. Pero una

¹⁵³ Por el contrario, Conforti sostiene la jerarquía superior de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho como una forma especial de costumbre internacional, frente a las normas de tratados, cuya obligatoriedad deriva de otra regla consuetudinaria: *pacta sunt servanda*. Cfr. Conforti, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 115 – 123. Además, sobre la noción de *ius cogens*, y el lugar que le corresponde a la Carta de San Francisco en virtud del artículo 103, volveremos más adelante.

norma de *ius cogens*, no podrá ser modificada por una norma consuetudinaria o codificada aun cuando sea posterior, sino sólo por una que tenga el mismo carácter; además, la propia CDI¹⁵⁴ apunta los límites de esta regla, pues sólo es aplicable cuando las partes en un tratado sean idénticas respecto del anterior que se entiende modificado, y también es aplicable sólo cuando se trata de normas que pertenecen a un mismo régimen especializado. 2) Norma especial deroga norma general. En principio, ambas normas se acumulan para formar una interpretación de la norma de acuerdo al sistema jurídico internacional,¹⁵⁵ pero cuando discrepan una de la otra, entonces se debe preferir la especial. Una referencia normativa es el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. 3) Una mención especial puede hacerse respecto de las normas internacionales que contienen obligaciones *erga omnes*. En este caso, no debe confundirse la noción de *ius cogens* con las obligaciones *erga omnes*. Aquéllas siempre son *erga omnes*, mientras que éstas, no siempre son *ius cogens*. No todas las normas que contienen derechos humanos son normas de *ius cogens*, y en todo caso, son normas que contienen obligaciones *erga omnes*.¹⁵⁶ Un abuso del concepto, donde se incluyan un buen número de *ius cogens*, propiciaría la violación frecuente, y convertiríamos en un saco de buenas voluntades, aquello que debe ser perfectamente reconocido por la comunidad internacional, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En derecho internacional económico, parece que no existe mayor problema respecto de las normas con categoría *ius cogens*, pues no se prevé, al menos al momento, que puedan entrar en conflicto las normas de ese régimen especial con aquellas de obligatoriedad general.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

¹⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Caso Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland proveniente de México*, 2 de noviembre de 1998, párrs. 65 y 66; Cfr. Lacarte, Julio y Piérola, Fernando, “Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC: ¿qué se logró en la ronda Uruguay?”, en Lacarte, Julio y Granados, Jaime (edits.), *Solución de controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Buenos Aires, BID – INTAL, 2004, p. 21

¹⁵⁶ Sobre la conexión entre las normas *ius cogens*, normas que contienen obligaciones *erga omnes* y el derecho internacional de los derechos humanos, volveremos en los capítulos siguientes, específicamente en el rubro 2.3.3.

¹⁵⁷ Cfr. Ratner, Steven R., *op. cit.*, p. 525.

Por último, se prevé, con base en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, que la interpretación de normas codificadas contradictorias debe resolverse bajo el método de la integración sistémica del orden jurídico internacional, pues aun cuando existen varios regímenes especiales, todos pertenecen al sistema derecho internacional.

1.5.3 JERARQUÍA ENTRE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES.

Puede afirmarse que no hay jerarquía entre órganos jurisdiccionales, entre cortes y tribunales, y, por tanto, cualquier laudo o sentencia tienen la misma obligatoriedad.

Conviene decir aquí, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido determinante respecto de la posibilidad de que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no funcione como cuarta instancia.¹⁵⁸ Aquí se sigue la concepción tradicional, donde la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos no revisa la conducta del Estado en el marco del derecho interno, sino solamente verifica si se apega o no a los instrumentos internacionales, en el caso de América, a la CADH de 1969. Aun cuando la evidencia podría ser de intromisión en los asuntos internos de los Estados, los órganos del Sistema Interamericano han tenido como regla la prohibición de actuar como una cuarta instancia. En el paradigmático caso *Loayza Tamayo*, pareciera que, cuando en la parte resolutive de la sentencia, la Corte ordena a Perú poner en libertad a María Elena Loayza Tamayo, decide sobre su inocencia o culpabilidad, y resuelve la controversia al grado de establecer si merece o no estar en prisión. Una lectura detallada de los hechos y de la sentencia, demostrará que la orden de la Corte no es sino una forma de reparar en íntegro la violación al principio *non bis in idem*, que Perú había violado en perjuicio de Loayza Tamayo.¹⁵⁹ De esta forma, queda a

¹⁵⁸ Cfr. Comisión IDH, *Santiago Marzióni contra Argentina*, 15 de octubre de 1996, Caso 11.673, Report N° 39/96 párrs. 48 y ss. Y por primera vez, la Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párrs. 16 – 22.

¹⁵⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33, párr. 84.

salvo la fórmula de la cuarta instancia, al tiempo que se aplica, en toda su extensión, la regla general de reparación. Por otro lado, existe una amplia aceptación en considerar como principio del derecho internacional el previo agotamiento de los recursos internos como requisito de ingreso al nivel internacional¹⁶⁰ en aquellos casos donde opere el principio de subsidiariedad o se ejerza la protección diplomática; pero que así sea no significa que la jurisdicción internacional sea un tribunal de alzada, pues las sentencias finales son ordenadas con base en normas internacionales y no internas.

Pues bien, podría proponerse que la CIJ, en tanto órgano jurisdiccional de la Organización de las Naciones Unidas, y que conoce de cualquier controversia que le sea sometida, en términos de su Estatuto, funcione como una Corte que iguale criterios, o decida en última instancia internacional, siempre que una de “menor” jerarquía lo haya conocido primero. Esto le daría el rol de una Corte de cortes; sin embargo, tampoco parece la solución más favorable. Comenta Sir Robert Jennings que:

It is a matter for serious thought and consideration whether more could be done to ensure that the principal judicial organ of the United Nations is the supreme court of the international community, bearing in mind that a court which exists in isolation, however splendid, is not really in a position to be a supreme court in relation to other courts, as it does not have any formal relations with those other courts.”¹⁶¹

Así que, por otro lado, puede provocarse el diálogo entre cortes y tribunales, en lugar de buscar la unidad jurisdiccional.

Tampoco podría justificarse la opción de Corte de cortes, si se presupone que, dado el crecimiento y expansión de tribunales y cortes internacionales, se descargaría de trabajo al propio órgano judicial de la ONU; pues en esto está visto, que a pesar de tal circunstancia, desde hace algunos años, la CIJ goza de un buen número de casos substanciados ante ella, como en ningún otro momento de su historia.

¹⁶⁰ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *El Sistema de Protección de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, pp. 129 y ss.

¹⁶¹ Cfr. Jennings, Robert, “The United Nations at Fifty...”, *cit.*, p. 504.

La creación de una “súper” corte atentaría, además, contra la autonomía de los otros órganos jurisdiccionales.¹⁶² En todo caso, sería mejor adoptar fórmulas como el artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que establece el procedimiento a seguir, cuando las partes han llegado a un consenso en los métodos de solución de controversias, distinto al establecido en la propia Convención:

Artículo 282
Obligaciones resultantes de acuerdos generales,
regionales o bilaterales

Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta Parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa.

En esta norma queda expresa perfectamente la voluntad de los Estados de no acudir a un distinto órgano jurisdiccional. De esta forma puede decirse, al menos en un sentido, que se evita el *forum shopping*, o que existe una decisión previa a la controversia, y una vez llegada ésta no depende ni de la voluntad de un gobierno, ni de la política imperante en el tribunal. Por otro lado, esto tampoco significa que exista una doctrina de negación de la jurisdicción obligatoria inherente en algunos órganos internacionales, pues la jurisdicción nunca se pierde. En realidad, ha sido voluntad expresa de los Estados dirigirse a uno u otro foro.

Otra posibilidad de solución es aplicar el principio de *comity*,¹⁶³ donde los jueces internacionales esperan a que otros, que pertenecen a un tribunal o a una corte distinta, resuelvan el caso que estén bajo su conocimiento. Esta no es una norma obligatoria; es,

¹⁶² Otra postura mucho más crítica es la de Gutiérrez Baylón, que apunta el agotamiento del modelo jurisdiccional internacional nacido en Versalles, y advierte que será la propia CIJ la que a través de su jurisprudencia modernizará el Derecho Internacional general, dada la ausencia, además, de una posibilidad real de reforma estructural. Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, cit., p. 246.

¹⁶³ Cfr. Ramadan Hassanien, Mohamed, *op. cit.*, pp. 82-83.

en todo caso, una práctica dejada a la buena voluntad de los órganos judiciales internacionales.

Entonces, la expansión de tribunales internacionales no necesariamente debe ser visto como un “error” en la concepción del derecho internacional, ni aún como un peligro definitivo de jurisdicciones contrarias.¹⁶⁴ Steven Ratner, en el ensayo ya citado, sostiene que en temas de propiedad, que puede ser abordado desde muchos foros judiciales, no sólo no se atenta contra la unidad del concepto, sino que es necesaria la pluralidad de resoluciones, pues no existe una solución doctrinal única.¹⁶⁵

Incluso, las cortes internacionales, y en específico las regionales de derechos humanos, a pesar de que en otros momentos de su jurisprudencia han señalado la naturaleza distinta de los tratados internacionales de derechos humanos, permanecen, invariablemente, cercanas a los criterios del derecho internacional y demuestran con esto que la fragmentación judicial, o incluso la fragmentación general, no son elementos para la división del derecho internacional. Baste como ejemplo la Opinión Consultiva de la Corte IDH,¹⁶⁶ o el caso *Damir and Baykara v. Turkey* del TEDH.¹⁶⁷ En ambos, las cortes regionales basan la interpretación de los respectivos tratados de derechos humanos en las normas generales de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, pues quizá sea la interpretación de los tratados, un área de perfecta validez del derecho internacional general frente a las normas de regímenes especiales.

Y todavía más, la propia CIJ, en la Opinión Consultiva de verano de 2010,¹⁶⁸ y la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Mar, en

¹⁶⁴ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, “The danger of fragmentation or unification of the International Legal System and International Court Of Justice”, *cit.*, pp. 791 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. Ratner, Steven, *op. cit.*, p. 521.

¹⁶⁶ Cfr. Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009, Serie A, No. 20, párrs. 23 – 46.

¹⁶⁷ Cfr. European Court of Humans Rights, *Damir and Baykara v. Turkey*, Grand Chamber, Application no 34503/97, Judgment of 12 November 2008, párrs. 69 – 84. Véase también: Nordeide, Ragnar, “International Decision Damir v. Turkey”, *American Journal of International Law*, July, 2009, pp. 566 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. International Court of Justice, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, párr. 94.

Opinión Consultiva del 1 de febrero de 2011, han sostenido que las normas de interpretación de tratados no sólo deben ser aplicadas a la definición hecha por la propia Convención de Viena de 1969, sino que, por analogía, podrían ser utilizadas a acuerdos, disposiciones o resoluciones que no son necesariamente tratados internacionales.¹⁶⁹ Por ejemplo, en el caso de la CIJ, la referencia era a las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, en cambio, en el segundo, la referencia era a distintos Reglamentos de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Es decir, se demuestra que a pesar de la diversidad de foros, el derecho internacional general y el derecho internacional especializado se complementa en beneficio de la solución de las controversias.

1.6 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

En los últimos 15 años no sólo explotaron las cortes y los tribunales internacionales sino que, en materia de derechos humanos, las regionales han adquirido una importancia fundamental en el desarrollo de los sistemas jurídicos internos. Esto todavía es mucho más palpable en el caso de Europa, con el TJUE en pronunciamientos de derechos humanos, y el TEDH, ya de sí un órgano jurisdiccional creado para la interpretación y aplicación del Convenio de Roma de 1951. El funcionamiento de los órganos regionales soporta la configuración de todo un régimen especial denominado derecho internacional de los derechos humanos.

Ante esto, lo que parecía lejano era que el propio órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas tuviera un pronunciamiento en materia de derechos humanos, pues sólo los Estados pueden ser parte en un proceso, entonces, de forma directa, nunca un individuo podría llegar a exigir sus derechos.¹⁷⁰ Este razonamiento también está basado

¹⁶⁹ Cfr. Tribunal International du Droit de la Mer, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, Avis consultatif, le 1er. Février 2011, párrs. 57 – 60.

¹⁷⁰ Cfr. Simma, Bruno, "Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?" en *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Vol. I, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 577 – 603.

en el hecho de que los derechos humanos todavía se mantienen, al menos en el diseño de las instituciones internacionales, como violaciones del Estado al individuo; esto es, bajo el efecto vertical. De esa forma, un litigio directo no podría ser atendido de ninguna manera, en el seno de la CIJ, a menos que, evidentemente, el Estado nacional llevara el asunto a la sede internacional.

No obstante lo anterior, con el *Caso Ahmadou Sadio Diallo*,¹⁷¹ de 30 de noviembre de 2010,¹⁷² la Corte Internacional de Justicia demuestra que no tiene barreras en su jurisdicción y reafirma un camino hacia la solución de controversias en derechos humanos en su seno mismo. Por primera vez en su historia, la Corte declara violaciones a tratados típicos de derechos humanos, uno de carácter universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otro de carácter regional, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Y esto aporta un nuevo ingrediente especial en las relaciones entre tribunales, especialmente en temas derechos humanos.

Evidentemente, fue necesario que la República de Guinea ejerciera protección diplomática en beneficio del señor Diallo, y en contra de la República Democrática del Congo. Los hechos aludidos, configuraban violaciones a la libertad, consistentes en detenciones arbitrarias, así como una violación a derechos de tipo mercantil.

El señor Diallo, nacional de Guinea, llegó al Congo en 1964 e instaló diversas empresas, de las que luego se alegó también violación a sus derechos de propiedad. Como podría ya advertirse, la discusión era si los derechos violados en perjuicio del señor Diallo quedaban dentro del discurso individual de los derechos humanos o si existía una posible violación en su calidad de socio comercial. De ser solamente la segunda opción, entonces la referencia obligaba volver al razonamiento de la Corte en el *Caso de la*

¹⁷¹ International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo), Judgment of 30 November 2010.

¹⁷² Ya en 2007, la propia Corte se había declarado competente para conocer los méritos del fondo. *Cfr.* International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo) Preliminary objections, Judgment of 24 May 2007.

Barcelona Traction Light Power Company,¹⁷³ para conseguir la incompetencia de la Corte en virtud de que no puede ejercerse la protección diplomática del individuo, sino en beneficio de la sociedad mercantil.

Sin embargo, en este caso, la Corte decide, primero, verificar si existe violación a los derechos del señor Diallo en tanto individuo, y posteriormente, en tanto socio.¹⁷⁴ Respecto de los primeros, decidirá también si los hechos alegados por Guinea con posterioridad a la presentación de su memoria inicial, pueden ser objeto del análisis de la Corte en el fondo, pues en cualquier caso deberá velarse, afirma la Corte, por el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias que fijan la litis,¹⁷⁵ en beneficio de la seguridad jurídica y de la buena administración de la justicia.¹⁷⁶ Finalmente se rechazará la demanda adicional y se centrará el debate de fondo sobre el arresto y detención sucedida en 1995 – 1996.

En esta detención, por razones de estricta carga de la prueba, quedará firme que el señor Diallo estuvo detenido en situaciones precarias, sin alimento (a menos que las visitas que recibían lo llevaran), y además que sufría de amenazas de muerte por quienes lo cuidaban. Por último, el señor Diallo fue expulsado del territorio congolés.

En opinión de Guinea, estos hechos expuestos a rasgos generales producirían la violación a los artículos 13, 9.1 y 9.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos así como el 12.4 y 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. También, se solicitaba la violación al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, por no haber recibido la asistencia consular necesaria. Todos estos alegatos pudieron ser comprobados por la Corte.

¹⁷³ International Court of Justice, *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, párrs. 46 – 47.

¹⁷⁴ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo) Judgment of 30 November 2010, párr. 20.

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, la Corte transcribe los artículos 40 de su Estatuto, 38.2 y 49.1 de su Reglamento. Cfr. *Ibidem*, párr. 37.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 38.

Con esto basta para comprobar que efectivamente la CIJ ingresa en un campo hasta antes desconocido: establecer violaciones directas a normas de derechos humanos, que en principio establecen obligaciones Estado vs. Estado, pero también individuo vs. Estado.

Que la Corte haya actuado de esta forma propiciaría que se entendiera como una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos; y por tanto no habría impedimento para sostener que la Corte puede volverse una Corte que también proteja derechos fundamentales.

Ya en el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos*¹⁷⁷ de alguna manera se acercó a un debate sobre los derechos fundamentales. Sin embargo, al abordar el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante también CVRC) mantuvo la postura de que se generan obligaciones interestatales, una típica concepción del derecho internacional clásico. Dijo la CIJ que no hacía falta resolver si la CVRC establecía derechos humanos o no, tal como alegaba el Estado mexicano.¹⁷⁸ Pero el giro que ha dado la Corte en el Diallo permite sostener violaciones directas a normas de derechos humanos, siempre que se ejerza la fórmula de la protección diplomática.

Mientras se lee la sentencia, pareciera que estamos frente a una Corte de derechos humanos y no frente a una Corte que dirime controversias entre Estados, aun cuando determine las obligaciones estatales convencionales.

También es necesario mencionar que la sentencia refiere, tanto cuando analiza si existe violación a la Carta Africana como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las decisiones que los órganos creados especialmente para interpretarlos y

¹⁷⁷ Cfr. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, párr. 64

¹⁷⁸ "Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard." *Ibidem*, párr. 124.

vigilar su cumplimiento, han realizado respecto de los artículos alegados. Por ejemplo, revísense los párrafos 66, 67 o 77 de la sentencia.¹⁷⁹

Aquí la CIJ ha escogido la vía de la cortesía internacional para considerar la interpretación adoptada por órganos jurisdiccionales regionales, o *cuasi* jurisdiccionales universales, para evitar una interpretación equivocada o contradictoria. La Corte, evidentemente, es autónoma para interpretar de la manera que ella crea conveniente las disposiciones del Pacto de 1966 o de la Carta Africana (finalmente su competencia se extiende a cualquier controversia de derecho internacional que le sea sometida), aun cuando existen órganos creados especialmente para ello. Consciente de ello, la Corte “... *estime devoir accorder une grande considération à l’interprétation adoptée par cet organe indépendant (Comité de Derechos Civiles y Políticos), spécialement établi en vue de superviser l’application de ce traité.*”¹⁸⁰ Y agrega que en ello va la claridad y la coherencia del derecho internacional, así como la seguridad jurídica, no de los Estados, sino de las personas privadas, de los individuos, que al final son beneficiarios de los derechos humanos.

La sentencia Diallo marca, de esta forma, un paso fundamental en la jurisdicción internacional: por un lado crea una especie de jurisdicción internacional de los derechos humanos, y por el otro, apuesta por la coherencia del derecho internacional, refiere

¹⁷⁹ “67. De même, lorsque la Cour est appelée, comme en l’espèce, à faire application d’un instrument régional de protection des droits de l’homme, elle doit tenir dûment compte de l’interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause. En l’espèce, l’interprétation de l’article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine qui est retenue ci-dessus est conforme à la jurisprudence de la commission africaine des droits de l’homme et des peuples, instituée par l’article 30 de ladite Charte (voir, par exemple: *Kenneth Good c. République du Botswana*, no 313/05, par. 204; *Organisation Mondiale Contre La Torture et Association Internationale des Juristes Démocrates, Commission Internationale des Juristes, Union Interafricaine des Droits de l’Homme c. Rwanda*, n° 27/89, 46/91, 49/91, 99/93).

“68. La Cour note en outre que l’interprétation, par la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme, de l’article premier du protocole no 7 et de l’article 22, paragraphe 6, respectivement, à la convention (européenne) de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et de la convention américaine relative aux droits de l’homme – dont les dispositions sont proches, en substance, de celles du Pacte et de la Charte africaine que la Cour applique en la présente espèce – est en cohérence avec ce qui a été dit, au paragraphe 65 ci-dessus, à propos de ces dernières dispositions.” International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo) Judgment of 30 November 2010, párrs. 67 y 68.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 66.

jurisprudencia de otros órganos internacionales en aras de una seguridad jurídica del individuo.

El resultado es, otra vez, ubicar al individuo en el derecho internacional. Y el camino es la cortesía internacional; esto es, la función responsable del juez.

A manera de conclusión: tres grandes argumentos son el eje central de este primer capítulo: a) la radiografía del derecho internacional actual a partir del fenómeno de la fragmentación; b) la importancia del individuo en las relaciones internacionales como factor determinante en la conformación de un régimen especializado (y de conformación regional) como el derecho internacional de los derechos humanos; y c) cómo la existencia de órganos judiciales puede provocar un entramado de difícil solución, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

CAPÍTULO II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO RÉGIMEN AUTÓNOMO (ESPECIAL) DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.

Durante el desarrollo del capítulo anterior se describió la sociedad mundial a partir de la fragmentación del derecho internacional, causada, en buena medida por la especialización y la regionalización de las relaciones internacionales. En ese desarrollo, nos hemos referido, principalmente, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional económico como regímenes autónomos, en razón del grado de especialización adquirido frente al derecho internacional general. En el transcurso de este capítulo demostraremos las razones por las que es correcto referirnos al derecho internacional de los derechos humanos como un derecho especializado; esto es, con instituciones propias, con órganos jurisdiccionales, con órganos políticos, con principios propios, entre otras características. Ahora bien, debido al interés superior de la propuesta inicial del trabajo, el énfasis se enfocará a destacar la composición de las instituciones que argumenten judicialmente sobre los derechos humanos (cortes regionales de derechos humanos), así como la propia argumentación realizada.

No será, en esta medida, un desarrollo preciso de cómo funcionan o hacia dónde se dirigen las instituciones no judiciales (entiéndase aquellos organismos que ejercen funciones de policía respecto de la cultura del respeto a los derechos humanos, bajo el sistema universal, o bajo los sistemas regionales); tampoco será un análisis de los mecanismos *cuasi* jurisdiccionales (comités creados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas), que si bien han crecido en los últimos años, y respecto de los cuales existe material jurídico importante, sus resoluciones finales, no son, en estricto sentido, una norma jurídica vinculante equiparable a la sentencia o al laudo internacionales.

El hecho de referirnos sólo a los órganos jurisdiccionales regionales, en tanto precisión metodológica, obedece a la pretensión de demostrar que, por un lado, el derecho internacional tiene los suficientes elementos para considerarlo derecho y por consecuencia, requiere analizar la producción judicial de normas jurídicas; y por otro lado, revisar las herramientas que los jueces internacionales cuentan para resolver las

controversias suscitadas entre el individuo y el Estado, a propósito de la violación de los derechos humanos.

Esta parte del trabajo iniciará con el recorrido histórico de los derechos humanos hasta situarse en el plano internacional. Es decir, de las tradiciones constitucionales internas a los documentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos. Después, revisaremos la instauración de los órganos jurisdiccionales regionales en materia de derechos humanos, con especial atención al sistema europeo y al interamericano, y mencionaremos las grandes diferencias institucionales entre uno y otro. Por último, elaboraremos una crítica sobre el discurso original de este régimen, pero sobre todo, en el discurso actual de los derechos humanos en sede internacional. El objetivo es preparar el campo para discutir sobre la interpretación judicial y sus consecuencias en el mundo de la fragmentación del derecho internacional.

2.1 DE LA CARTA MAGNA (1215) A LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948).

La tradición jurídica de los derechos humanos es primeramente constitucional, luego internacional. No se podría pensar de otra forma, pues han sido en documentos constitucionales donde los primeros catálogos de derechos humanos han aparecido.¹⁸¹

Un acercamiento al régimen especializado del derecho internacional de los derechos humanos supondría primero, un estudio sobre el concepto mismo de los derechos humanos y su evolución. La tarea no es fácil y los caminos múltiples. Puede, por ejemplo, hacerse una justificación filosófica del concepto, una visión sociológica, una visión antropológica, una visión histórica, o también, una visión jurídica. Aquí se hará sólo un acercamiento al desarrollo jurídico y se propondrá, desde el discurso del derecho, una

¹⁸¹ *“Ma non va sottovalutata la presenza, in tutte le maggiori religioni, di un richiamo alla dignità della persona e al rispetto per gli altri uomini, e ai valori di equità e giustizia.”* Flores, Marcello, *op. cit.*, p. 16. Aun cuando esas llamadas a valores de equidad y justicia se hicieron en distintos contextos y por distintas razones. Sin embargo, vale decir que los derechos humanos, en el desarrollo propuesto, se ubicarán más como límites a la decisión de quien detenta el poder, que como respeto a los otros.

visión dinámica pero contenida o limitada de los derechos humanos, al menos cuando se perciban en el derecho internacional.

Así, diremos primero que el derecho internacional de los derechos humanos es el tránsito del constitucionalismo moderno al derecho internacional, en aquello que se refiere, exclusivamente, al catálogo de derechos y libertades fundamentales, y no en aquello referido a las instituciones democráticas; pues en el derecho internacional bien se puede entender la idea de la protección de los derechos, pero no la de un gobierno democrático electo por ciudadanos universales. Si acaso puede abrirse una investigación sobre la concepción del derecho internacional como derecho público a partir del concepto de los actos de gobierno (gobernanza global) que realizan algunas organizaciones internacionales al restringir la esfera de actuación de los Estados.

A diferencia de otras instituciones, podríamos decir, típicas del derecho internacional público, como la no intromisión de asuntos de otros Estados o el no uso de la fuerza, los derechos humanos existieron primero en el derecho interno y luego alcanzaron niveles internacionales. Del *Bill of Rights* (1689) a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) transcurrió un período de más de 250 años. El primero, marca el inicio de los documentos internos que plasmaban la primera idea sobre la libertad (y la propiedad),¹⁸² mientras que el segundo marca el inicio del derecho internacional de los derechos humanos. En el entretiem po, el movimiento pendular entre la aparición (respeto) y la desaparición (violación) de los derechos humanos, ha sido constante. Quizá la más grande desaparición universal de derechos ha sido la Segunda Guerra Mundial. De aquí que se piense el advenimiento del derecho internacional como un rescate heroico a la dignidad humana. El inmediato derecho internacional de la posguerra no es sino el redentor de los individuos agobiados por el salvajismo de la guerra y las violaciones a los derechos fundamentales. Esta tríada (víctimas, salvajes y

¹⁸² Como se verá adelante, también se puede decir que la Carta Magna, de 1215, en Inglaterra, marcó las pautas de la concepción de la libertad personal, pero, como apunta Fioravanti, la idea de la libertad no se entendía, en la Edad Media, como un atributo del individuo, sino enmarcado al orden natural que imperaba en el territorio del señor feudal. Cfr. Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 5ª., Madrid, Trotta, 2007, pp. 26 – 33. El título original es *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995, p. 176.

salvadores)¹⁸³ todavía sigue recurrente en el discurso de los derechos humanos, sea en el derecho interno, sea en el derecho internacional, debido a la insuficiencia del diseño estatal adecuado para el respeto de los derechos de los seres humanos; y es, por así decirlo, la oportunidad de la redención a través del derecho internacional.¹⁸⁴

Si seguimos la propuesta de estudio de Maurizio Fioravanti sobre las libertades fundamentales, entonces podríamos utilizar el punto de vista historicista, individualista o estatalista. Todos pueden ser utilizados para explicar el actual derecho internacional de los derechos humanos y además apuntar a su mejor desarrollo.

El historicismo es la reducción de los derechos y libertades al paso del tiempo. Su origen: la Edad Media. Y es que en ella aparecieron las referencias a la libertad, como autonomía y como seguridad, pero no entendidas en el discurso individualista francés. En la Edad Media, el discurso de los derechos significa la tutela de los mismos y de los bienes, en razón del feudo y de la comunidad, del orden natural de las cosas. En otras palabras es el derecho a propiedad privada el motor de la organización feudal (al binomio libertad y propiedad se les llamó libertades negativas para contrastarlas con las libertades de participación política, llamadas positivas).¹⁸⁵ Pueden destacarse el pacto de reciprocidad entre el protector, el señor feudal, y los integrantes de la comunidad, así como la ausencia del poder centralizado, político, que no llegará sino hasta la concepción del Estado moderno.

También en la Carta Magna de 1215 ya aparece en el artículo 39 la fórmula que prevalecerá hasta Estados Unidos de América, y luego, por una técnica de copiado, hasta el artículo 133 constitucional¹⁸⁶ mexicano: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra

¹⁸³ Uso la frase de Mutua, Makau, “Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights” in *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, Winter 2001, pp. 202 y ss.

¹⁸⁴ Esta comparación consciente a la redención, parece adquirir mayor fuerza cuando se habla de los derechos humanos como una religión, como una idolatría. Sobre este tema volveremos más adelante.

¹⁸⁵ Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 30.

¹⁸⁶ Nos referimos, evidentemente, a la fórmula de la “Ley Suprema de Toda la Unión”.

él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según **la ley del país**”(énfasis personal).¹⁸⁷ De donde puede ubicarse el origen del debido proceso legal, pero también la referencia a la ley del país, al *law of the land*. Así, la tradición inglesa sostendrá que los derechos y libertades son determinados por la ley del país, no por el estado natural de cosas (como podría advertirse en la Edad Media), o por la naturaleza del hombre (discurso utilizado en la Revolución Francesa). Pero como bien se sabe que en la historia del constitucionalismo inglés la constitución no es escrita, esa determinación de reglas es, necesariamente, una construcción jurisprudencial.

Según Fioravanti el modelo inglés se despega de la tradición europea continental por la inclusión de la jurisprudencia como método de evolución en la protección de los derechos y libertades. Los jueces, bajo el modelo historicista – inglés, forman el contenido del derecho para volverlo indisponible frente a quien ejerce el poder público. No es un derecho dado sino un derecho creado; no es un derecho inherente (en el sentido del individualismo francés) sino un derecho construido. No es un derecho puesto por el monarca, sino un derecho edificado por los jueces.

Pero el historicismo, como forma de estudiar las instituciones en el tiempo, tiene, naturalmente, límites temporales que por un lado frenarían o impedirían explicar toda la situación actual de las constituciones modernas, e incluso, del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, puede ser sumamente útil, sobre todo, la visión de la construcción judicial internacional del derecho.

Como lo hemos sostenido ya anteriormente, son los jueces internacionales los que podrán dar mayor (¿o menor?) contenido y límites a los derechos y libertades fundamentales. Esta combinación de escuelas en el derecho internacional sobre la composición de tribunales y cortes, donde por un lado se tiene la fuerte tradición romana de la codificación, pero al mismo tiempo se cuenta con la amplia libertad jurisprudencial del *common law*, permite un diálogo inacabado que produce, necesariamente, el

¹⁸⁷ Carta Magna de Juan Sin tierra, 1215. Cfr. Fioravanti, M. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. 5ª., Trotta, Madrid, 2007, 31ss.

desarrollo progresivo del derecho internacional público. Como revisaremos más adelante, las herramientas en el uso del lenguaje jurídico internacional en el que están expresados los derechos humanos producen que los jueces internacionales adquieran un papel de trascendencia.

Toca el turno del individualismo como forma de estudiar a las libertades fundamentales. El individualismo es la independencia del otro y en su más radical discurso, es la negación del otro.

Si los derechos humanos nacen como respuesta a la concepción estamental, corporativa, a la que aludimos en el historicismo, o sea, como pertenencia a una comunidad, o a una clase social, el individualismo llega, entonces, como una “*fractura de época*”.¹⁸⁸ Significa el derrumbamiento de estructuras clasistas y la edificación del ser humano como individuo.¹⁸⁹

Los derechos humanos nacen en el seno de la burguesía francesa. Dicho de otra forma: los derechos humanos son burgueses.¹⁹⁰ Reivindican al individuo y lo posicionan con derechos y libertades frente a quien detenta el poder, que necesariamente adquiere obligaciones de respeto a la esfera personal. Sin embargo, si bien tratan de eliminar el orden estamental y la unificación del pueblo, crearon otras categorías (como la de hombre, ciudadano, etc.,) que tampoco corresponden a la moderna concepción de los derechos humanos, donde aparecen las categorías de mujer, pueblos indígenas, entre otros. Es el burgués quien busca sus derechos, y es él quien los justifica en el estado de la naturaleza.

La otra línea del individualismo se enuncia dentro del contractualismo, pues es el individuo quien determina y establece la forma de vivir en una sociedad, a través de un contrato social. Y así, aparecen nuevamente las formas de libertades negativas y

¹⁸⁸ Cfr. Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

¹⁸⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti...*, cit., pp. 89 – 109; Córdova Vianello, Lorenzo, “Bobbio y la edad de los derechos” en *[Re]pensar a Bobbio*, Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarta (coordinadores), México, IJ – Siglo XXI, 2005, pp. 68 – 73.

¹⁹⁰ Cfr. Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 77 y ss.

positivas. Las primeras, son límites al poder; las segundas, son participación política (activismo individual), a través de un constituyente autónomo, primero, presupuesto de los otros poderes constituidos.

El individualismo se despega del historicismo en la medida que el activismo político del individuo crea y da contenido a sus derechos fundamentales. En el historicismo es tarea de los jueces. Pero el individualismo creó y codificó el gran primer catálogo de derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que luego aparecerá más o menos reproducida en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así pues, pareciera que en el desarrollo del derecho internacional el movimiento se presentó del individualismo al historicismo (por la construcción judicial del derecho) y no del paso de la Edad Media al modelo inglés de los derechos hasta llegar al contrato social. El derecho internacional de los derechos humanos inició en el pacto de la ONU y luego se ha desarrollado por construcción de los jueces internacionales.

Por último, propone Fioravanti, el análisis estatalista de las libertades, que fue desarrollado con mayor fuerza durante el siglo XIX. Ahí, puede afirmarse que los derechos y las libertades adquiridas por inherencia a la condición de ser humano bajo el argumento individualista, son otorgadas por "... la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado..."¹⁹¹ Esto no significará que en el modelo individual – contractual, el Estado no adquiriera un papel de tutela y protección de los derechos ya existentes. El Estado es necesario, pero posterior a la concepción de los derechos. En la visión estatalista, los derechos nacen junto con el Estado. En el contractualismo, el derecho natural precede al derecho estatal. En el estatalismo, la idea de la libertad como seguridad, pero también de la libertad como actuación política, tienen como condición de existencia, el nacimiento del Estado; es más, son producto de su voluntad normativa.

¹⁹¹ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 48.

Esta última forma de abordar las libertades fundamentales tendría una seria dificultad para sostenerse en el ámbito internacional, en el que todavía no se ha creado al Leviatán mundial. No existe un Estado internacional y no podría existir. Si acaso la integración europea demuestra que existen auténticas normas supranacionales y respecto de las cuales se acercan más a la concepción estatal que a las de una organización internacional. Por otro lado, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, ha habido varios intentos de construir instituciones internacionales de promoción y aplicación de las normas de derechos humanos. Pero los esfuerzos son incompletos. Todavía no se logra la creación de un sistema con pleno valor jurídico. No hay pues un Estado de derecho internacional, no hay tampoco, una constitución internacional. En cambio, se han multiplicado los comités y las legitimaciones para acudir ante ellos: desde el sistema de peticiones individuales, las quejas interestatales y las denuncias de organizaciones internacionales en contra de Estados. Aun con eso, no puede hablarse de una visión estatalista del derecho internacional de los derechos humanos. O sea, los derechos y libertades no han surgido con el nacimiento de un Estado internacional. Éste, no ha nacido todavía. Y aquellos ya existen.

Así pues, posterior a los movimientos historicistas e individualistas – contractualistas, emerge la Declaración Universal de los Derechos Humanos e inaugura la tradición burguesa de los derechos humanos en sede internacional.¹⁹² A partir de allí se puede hablar del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁹³ con instituciones y normas creadas por los Estados, producidas por el surgimiento de “un impulso idealista,

¹⁹² No se pasa por alto que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es también documento primero en esta concepción, aun cuando lo sea de tipo regional. El Convenio Europeo llegó 3 años después, la Carta Africana 30 años después, y la Declaración de El Cairo más de 40.

¹⁹³ Si bien el Convenio de la Haya de 1899, e incluso el Convenio de Ginebra de 1864, marcan el inicio del Derecho Internacional Humanitario, éste puede estudiarse como una rama autónoma del derecho internacional público y también, del derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. Camen, Anton, “El derecho internacional humanitario y la seguridad internacional.” en *Derecho y seguridad internacional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistema Jurídicos Comparados*, en Méndez Silva, Ricardo (coordinador), UNAM, México, 2005, pp. 301 – 311. También Swinarski, Christophe, “Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Fraidenraij, Susana y Méndez Silva, Ricardo (comps.), *Elementos de derecho internacional humanitario*, México, UNAM, 2001, pp. 39 – 65. Así, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos no son ramas excluyentes, antes, se complementan. Cfr. Sepúlveda, César, *op. cit.*, pp. 534 – y ss.

altruista, humanitario y racional para salvaguardar los derechos del hombre conculcados y amenazados por un gobierno.”¹⁹⁴

Este derecho de los derechos humanos entendido como sistema jurídico internacional, según Sepúlveda, tiene un claro origen en la *Conferencia de Estados Americanos sobre Problemas de la Guerra y de la Paz*, de 1945,¹⁹⁵ anterior a la Carta de la ONU, y firmada en la Ciudad de México. En dicha Conferencia, en la Resolución XL sobre “La Protección Esencial de los Derechos del Hombre” se encargaba al Comité Jurídico Interamericano,¹⁹⁶ la redacción de una declaración que estableciera un catálogo de derechos humanos. Los objetivos eran claros: por un lado, adherirse a la conciencia internacional de protección de los derechos humanos en un sistema mundial; por el otro, crear los derechos que deberían ser protegidos. Aquí el planteamiento sigue la postura individualista – contractualista, en donde se tiene conciencia de que hay determinadas libertades y derechos que deben ser protegidos, pero no sé sabe con certeza cuáles son.¹⁹⁷ De ahí que se llame a la elaboración de una declaración que les dé contenido, pero también sometida al consenso estatal. Al final, para proteger los derechos es necesaria la creación de documentos e instituciones internacionales, a partir de la manifestación de la voluntad de los Estados. La Declaración Americana producida, que precedió por meses a la Declaración Universal, incluía además obligaciones para los individuos. Es de notar que, cuando se reúnen los Estados en San Francisco, el bloque de América Latina, ligeramente adelantados en voluntad y documentos, imprimen su huella en lo que sería la Carta constitutiva de la ONU.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Cfr. Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 509. Sin duda fue César Sepúlveda un gran creador y promotor del pensamiento latinoamericano en defensa de los derechos humanos. Varios juristas nacionales e internacionales dan testimonio de su compromiso fielmente desempeñado en los múltiples encargos ocupados alrededor de los derechos humanos, hasta llegar a ser presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹⁵ La Conferencia se realizó del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945.

¹⁹⁶ “2º. Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre...”

¹⁹⁷ También Sepúlveda sitúa a la Carta del Atlántico, de 1941, proclamada por Roosevelt y Churchill, como antecedente de la afirmación de los derechos del hombre. Cfr. Sepúlveda, César, *op. cit.*, p. 510.

¹⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 511 - 512.

A partir de esos momentos, el derecho internacional de los derechos humanos, auténtico sistema jurídico, ha crecido en instituciones, normas, regiones, principios e incluso en catálogo de derechos y libertades. Pero la tarea no está terminada, por ejemplo, en el año 2011, el bombardeo de Libia a la población civil, producido por las manifestaciones contrarias hacia quien se ostenta por más de 40 años en el poder, sacudieron nuevamente las conciencias de la comunidad internacional, y muestran la inconsistencia de la universalidad del concepto y la inoperancia, en situaciones de urgencia, de las instituciones que protegen derechos y libertades fundamentales, o todavía más, la paz y seguridad internacionales.¹⁹⁹

Pero como quizá no podría ser de otra forma, el derecho internacional de los derechos humanos fue creado (y todavía arrastra) la visión individualista de la Revolución Francesa. Y si un cambio en el derecho doméstico puede durar decenios, en el derecho internacional, lamentablemente, durará todavía más.

2.2 LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DISCURSO DEL INDIVIDUALISMO. EL OLVIDO DEL “OTRO”.

Una crítica al discurso de los derechos, aun cuando se haga desde el derecho interno, es también, una crítica a los derechos humanos en sede internacional. La razón se encuentra en la correspondencia de los catálogos de derechos de las constituciones locales respecto de los primeros documentos en el derecho internacional. La redacción de la Declaración Francesa es por mucho correspondiente a la Declaración Americana y a la Declaración Universal. Lo que demuestra que la tradición francesa de liberalismo individualista está

¹⁹⁹ Lo cual no quiere decir, bajo ninguna circunstancia, que la fórmula utilizada por el Consejo de Seguridad, en la Resolución 1973, de Protección de los civiles, sea la más adecuada, pues autorizó a los Estados Miembros a adoptar todas las medidas necesarias, sea a título personal o a través de organizaciones o acuerdos internacionales (OTAN), o sea, facultad ilimitada a las potencias internacionales. “... **Protección de los civiles.** 4. Autoriza a los Estados Miembros que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias, pese a lo dispuesto en el párrafo 9 de la resolución 1970 (2011), para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, incluida Benghazi, aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio, y solicita a los Estados Miembros interesados que informen al Secretario General de inmediato de las medidas que adopten en virtud de la autorización otorgada en este párrafo, que serán transmitidas inmediatamente al Consejo de Seguridad;”

presente en el derecho internacional con mayor fuerza que la tradición historicista inglesa. Pero que así sea, pone en evidencia el mayor peligro de que el individuo y sus derechos hayan sido rescatados: la negación de lo colectivo. Los derechos humanos son fruto del individualismo, no de la concepción organicista de la vida social.²⁰⁰

No se trata aquí de sostener una visión de los derechos colectivos, o de los derechos que le pertenecen a una comunidad o a un grupo.²⁰¹ Debate todavía inacabado aun cuando con mayor fuerza los tribunales regionales han sostenido ideas de los derechos colectivos, o derechos de los pueblos, y las propias normas como el Pacto Internacional²⁰² de 1966 o la Carta Africana²⁰³ contemplan el derecho a la

²⁰⁰ Cfr. Zolo, Danilo. *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*. 2° ed., Roma – Bari, Editorial Laterza, 1996, pp. 74 – 77.

²⁰¹ Vitale ha elaborado al menos dos argumentos importantes, bajo la frase “emanciparse de la idea de la comunidad” que contrarrestan la afirmación de los derechos culturales o colectivos. Sus argumentos, en perspectiva personal, son convincentes. Pero insisto, cuando decimos que el individualismo niega lo colectivo, no quiere decir que en todos los casos, niegue los derechos culturales o colectivos. Cfr. Vitale, Ermanno. *Derechos y razones. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM, 2007, pp. 121 – 132. También, sobre el concepto de los derechos colectivos que incluye una revisión al tema de los derechos de los pueblos indígenas, ver a Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos...*, pp. 101 y ss.

²⁰² “Artículo 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.” *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966.

²⁰³ “**Artículo 19.** Todos los pueblos serán iguales; todos disfrutarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos. Nada justificará la dominación de un pueblo por otro. **Artículo 20.** 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su status político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente. 2. Los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de las ataduras de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional. 3. Todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los Estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural. **Artículo 21.** 1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él. 2. En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada. 3. El derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional. 4. Los Estados firmantes de la presente Carta ejercerán, individual y colectivamente, el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales con vistas a reforzar la unidad y la solidaridad africanas. 6. Los Estados firmantes de la presente Carta se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las

autodeterminación de los pueblos. La visión del derecho colectivo rechaza, en principio, la visión del derecho subjetivo, individual, liberal.

La negación de lo colectivo, como lo hemos expresado, es una consecuencia directa del discurso individualista que, en nuestra perspectiva, ahoga el contenido de los derechos humanos limitándolo sólo a la esfera del sujeto protegido. El individualismo separa al ser humano del otro. La defensa de la libertad de expresión es individual y no en razón de la participación social. La defensa del debido proceso se realiza en la medida que se protege la justicia no dentro de una comunidad, sino la justicia de las partes en un determinado proceso. El discurso de los derechos humanos se piensa respecto del individuo y no respecto de la sociedad en donde está situado y donde participa.

Dicho de otra forma, el individualismo de los derechos humanos supone la negación del análisis cultural del derecho.²⁰⁴ En cambio, dicho análisis hará volver a los derechos a la concepción colectiva más que a derechos colectivos. Los derechos humanos no nacen a partir de la nada, sino que están ubicados en determinadas comunidades y obedecen a ciertos intereses. En todos los casos, debieran ser propósitos comunitarios, sociales, culturales, los que muevan la concepción de los derechos humanos. Este es todavía un asunto no resuelto por los juristas que se ocupan de propagar una fe en los derechos humanos sin saber si lo que tenemos qué hacer es reproducir el credo de la universalidad a partir del individualismo o si, por el contrario, deberíamos justificar un cierto relativismo a partir de las culturas y comunidades.

ventajas derivadas de sus recursos naturales. **Artículo 22.** 1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad. 2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo. **Artículo 23.** 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional. Los principios de solidaridad y de relaciones amistosas implícitamente afirmados por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmados por la de la Organización para la Unidad Africana gobernarán las relaciones entre Estados. 2. Con el fin de fortalecer la paz, la solidaridad y las relaciones amistosas, los Estados firmantes de la presente Carta garantizarán que: a) cualquier individuo que disfrute del derecho de asilo contemplado en el artículo 12 de la presente Carta no realice actividades subversivas contra su país o cualquier Estado firmante de la presente Carta; b) sus territorios no serán usados como base para actividades subversivas o terroristas contra el pueblo de cualquier otro Estado firmante de la presente Carta. **Artículo 24.** Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.” *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, 27 de julio de 1981.

²⁰⁴ Cfr. Kahn, Paul, *op. cit.*, p. 152.

Por ejemplo, la idea de la libertad como seguridad ya comentada desde la visión historicista, produce una de las grandes libertades originarias en el discurso de los derechos humanos: la protección de la propiedad privada. Antes del derecho a la vida, o de expresar la prohibición de la tortura, se sostuvo el respeto a la propiedad privada en la cultura occidental. Después, la idea del individualismo reforzó conceptos que giran alrededor del ser humano, pues es precisamente por nacer, que los individuos tienen derechos. Así, por ejemplo, la libertad de expresión, la libertad de religión, la integridad personal, el debido proceso legal, la libertad personal, etc., son expresiones de la jerarquía mayor del individuo frente a la sociedad y luego también frente al Estado. Los derechos no le pertenecen al territorio (feudo), como parecen entenderse en la Edad Media (según Fioravanti), sino al individuo, en tanto tal. La idea de lo colectivo aparece después, sólo en la medida que puede ser lesionada por el ejercicio abusivo de ese derecho o libertad. Así, por ejemplo, la libertad de expresión sí puede ser limitada por atentar contra la moral o salud públicas.

Desde otro punto de vista, un acercamiento al derecho internacional de los derechos humanos, en perspectiva de género, demostrará también como la visión individualista tiene un cargado sentido de lo masculino y deja fuera la idea de lo femenino. Según Robin,²⁰⁵ un discurso femenino de los derechos humanos, tendría, necesariamente, la presencia de lo colectivo, en lugar del individualismo.

Aplicar un sentido no individualista de los derechos humanos, sería tanto como negarlos. Por eso, en el discurso jurídico, permanecen ligados a la teoría de los derechos subjetivos, y al postulado de la autonomía del individuo²⁰⁶. ¿Qué son los derechos humanos? La respuesta inicial refiere un derecho subjetivo. Y sobre esta estructura descansa toda su concepción, incluida la defensa procesal.

²⁰⁵ Cfr. West, Robin, *Género y Teoría del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 69 – 75.

²⁰⁶ Los derechos humanos “... son la expresión discursiva de las aspiraciones y deseos de los individuos, los cuales han sido expropiados de cualquier otra forma posible de hablar de ellos.” Correas, Óscar. *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán – UNAM, 2003, p. 37.

La vuelta a lo colectivo puede apreciarse en aquella sentencia que revisaremos con detalle más adelante del TEDH, en el Caso Leyla Sahín. Ahí, no importa tanto el individualismo, sino la libertad religiosa en el contexto particular turco; que es, en este caso, un discurso que defiende lo colectivo. Por eso se puede pasar por alto la libertad religiosa de Leyla, siempre que se defienda lo colectivo.²⁰⁷

Argumentos de ese tipo podrían salvar las posturas extremas que sitúan al individuo, posible terrorista, en un campo de fútbol lleno de gente, y que confiesa haber colocado más de dos bombas. El tiempo apremia y la posibilidad de tortura ronda ya el pensamiento de quien ejerce el poder público. Si el argumento es lo colectivo, quizá pueda ponderarse. Si el argumento es individualista, entonces habría que esperar el debido proceso legal para declarar culpabilidad y apelar a un desalojo inmediato del estadio o a la buena fe del sujeto (que en todo caso no hubiera debido colocar las bombas) para que indique el lugar exacto. Una tercera situación, criticaría la posición del político que, consciente del beneficio electoral que puede traer consigo el rescate de una trágica situación y un éxito mediático, tortura en secreto al individuo, desactiva las bombas y ante las cámaras de televisión cuenta con precisión las decisiones tomadas para salvar a la sociedad del peligro de muerte inminente, al tiempo que se vincula a sí mismo a un partido político específico, y lo que podría hacer en el poder, de ganar las próximas elecciones.

Lo que se quiere mostrar aquí es la insuficiencia del discurso individualista de los derechos humanos para agotar todos los supuestos. Un cambio a esa forma de entender el derecho, a partir del análisis cultural, podrá ser una salida adecuada.

2.3 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: SUS NORMAS.

Un régimen especializado del derecho internacional, cuenta, ante todo, con normas propias que lo separan o lo distinguen, en alguna medida, de lo que podríamos llamar normas generales o normas “clásicas”.

²⁰⁷ Cfr. ECHR, *Case Leyla Sahin vs. Turkey*, Judgment of 29 June, 2004, párrs. 82 – 84.

En el derecho internacional de los derechos humanos la aparición de las normas puede dividirse, para su estudio y para su aplicación, en universales o regionales; según si están ubicadas dentro del sistema universal, administrado por la Organización de las Naciones Unidas, o dentro de los sistemas regionales.

Sin que sea este un trabajo que pretenda agotar todas las normas internacionales de derechos humanos, si haremos alusión a los momentos que han marcado el camino en el desarrollo normativo internacional. De la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* hasta los protocolos más recientes en sistemas regionales, o convenciones internacionales que abarcan con precisión determinado tipo de derechos. Al conjunto, Carlos Villán Durán le ha denominado *Código internacional de los derechos humanos*²⁰⁸ y en más de 60 años, los convenios internacionales suman varias decenas. Y después del comentario a las normas convencionales haremos anotaciones a la relación del concepto de los derechos humanos con la costumbre internacional.

2.3.1 EL ÁMBITO UNIVERSAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En el ámbito universal, la primera referencia a los derechos humanos y libertades fundamentales de “todos” se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas (1945).²⁰⁹ Además del Preámbulo, en el texto de la Carta se pueden encontrar obligaciones interestatales de las que el individuo es el beneficiado directo. En los artículos 1.3 y 55.c se consagran como principio de la Organización y como condición de cooperación internacional económica y social, el respeto a los derechos y libertades, “... sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales

²⁰⁸ El propio Carlos Villán justifica que en lo que él denomina Código Internacional están incluidas “... declaraciones, reglas mínimas, conjuntos de principios, recomendaciones, resoluciones o decisiones.” Con desigual valor jurídico. Cfr. Villán Durán, Carlos, *op. cit.*, pp. 209 – 210.

²⁰⁹ Cfr. Senese, Salvatore. “Il Tribunale Russell sull’America latina e il Tribunale permanente dei popoli”, en Bovero M., *et. al.*, *op. cit.*, pp. 107 – 109. También puede decirse que hay una referencia clara al derecho de las minorías nacionales, religiosas y lingüísticas en el Tratado sobre Minorías, concluido en Versalles en 1919. En el mismo sentido de protección de minorías, la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de la Convención Germano – Polaca sobre la Alta Silesia, de 1922. Cfr. Cour Permanente de Justice Internationale, *Droits de minorités en Haute Silésie (écoles minoritaires)*, Le 26 avril 1928, Recueil des Arrêts, p. 47.

derechos y libertades.”²¹⁰ Sin embargo, no sólo no se estableció un catálogo de derechos, sino que el binomio derecho–obligación creado por sendas normas jurídicas, no le eran atribuidos a los individuos, sino a los Estados. Es decir, no podría sostenerse que se creaban derechos (u obligaciones) a los individuos; pero tampoco podría establecerse que se otorgaban derechos a los Estados, en la medida que los Estados no tienen derechos “humanos” o libertades fundamentales en el sentido expresado en la Carta.²¹¹ En cambio, sí se establecen obligaciones estatales. De aquí deriva la noción de obligaciones *erga omnes* y su liga a los derechos humanos, pues dado que encuentran sustento en la Carta de San Francisco, todos los Estados están obligados a respetar, promover y garantizar tales derechos, en la medida que son obligaciones entre Estados.

Otra lectura de los mismos párrafos aludidos sería que “They do not *constitute legal norms, but only guiding principle.*”²¹² Y esto es así puesto que las fórmulas jurídicas utilizadas apelan a la buena voluntad de los Estados para desarrollar y estimular el respeto de los derechos humanos; o también cuando mencionamos la noción de *erga omnes*, que puede derivarse del artículo 2.6,²¹³ sólo puede recurrirse en la medida que se atente contra la paz y seguridad internacionales; en suma, el respeto de los derechos humanos no adquirió en 1948 una categoría auténtica

²¹⁰ Carta de las Naciones Unidas, 1945, artículo 55: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: ... c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

²¹¹ En efecto, los derechos de los Estados no son humanos. Pero sí se ha afirmado la existencia de derechos fundamentales, que les pertenecen por el sólo hecho de ser Estados, y no por razón de firmar un tratado. De ahí que sea correcto decir que no todos los derechos son “humanos” en el sentido que no todos les pertenecen a los individuos. En todo caso, véase el catálogo de derechos fundamentales de los Estados: *cfr.* Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933, firmada en Montevideo, dentro de la Séptima Conferencia Interamericana; Phillimore, Walter, G. F., *Droits et devoirs des États*, Recueil de Cours, Académie de Droit International, Tomo I, 1923, pp. 39 – 58.

²¹² Kunz, Josef L., “The United Nations Declaration of Human Rights” en *American Journal of International Law*, Vol 43, no. 2, pp. 317 – 318.

²¹³ Carta de las Naciones Unidas, de 1945, “Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: ... 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.”

definitiva como una obligación interestatal. No obstante ello, pareciera que el desarrollo del derecho internacional ha hecho crecer el sentido del texto que aparece en la Carta y hoy sí puede decirse que un discurso jurídico internacional que proteja derechos humanos puede perfectamente anclarse en las frases de la Carta de San Francisco.

El tema de cuáles derechos y cuáles libertades deben protegerse y garantizarse era todavía mucho más problemático, pues no existía un catálogo exacto. Así, tres años después de la firma de la Carta aparece la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que enlista una serie de derechos y libertades generadas por los excesos del totalitarismo alemán e italiano, principalmente.²¹⁴ De esa forma, el texto de la Declaración constituye un estadio superior a las cartas constitucionales del siglo XVIII, en donde prevalecían las referencias a la libertad, a la propiedad y a la “Ley” como expresión de la voluntad general.²¹⁵

Como mencionamos en páginas anteriores, los movimientos constitucionales francés y estadounidense se encaminaron más a la defensa de la libertad y de la propiedad que a la defensa de la vida o de la integridad personal, pero a consecuencia de la Segunda Guerra, en la Declaración, aunado a las ideas del liberalismo, aparecen los derechos sociales (educación, seguridad social, condiciones laborales, etc.) e incluso la idea de límites al ejercicio de los derechos y la forma en que deben interpretarse tales enunciados jurídicos. Sin embargo, el catálogo no nació, en estricto sentido, para el mundo jurídico, puesto que una declaración no es una norma jurídica; su fuerza vinculatoria tuvo que llegar por vía consuetudinaria o

²¹⁴ “In realtà, la redazione della Dichiarazione del '48 non è un'operazione nostalgica o restauratrice di lontani modelli (anche se non è impossibile indicare qualche analogia non meramente estrinseca fra la Carta del '48 e i suoi lontani precedenti settecenteschi). Le sue radici sono recenti e la linfa che le nutre è l'impegno ético-politico profuso nella lotta contro il «totalitarismo».” Costa, Pietro, “I diritti oltre lo Stato. La Dichiarazione del 1948 e la sua retorica «universalistica»” en Bovero, M., et. al., op. cit., p. 40.

²¹⁵ Para un estudio de la relación entre la Declaración Francesa y las declaraciones estadounidenses, donde se advierte la primacía de las libertades y la propiedad, puede verse a: Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada), México, UNAM – IIIJ, 2003, pp. 81 - 104.

como contenido de los artículos de la Carta que hablaban de derechos humanos y libertades fundamentales.²¹⁶

Actualmente, en cambio, la Declaración Universal ha adquirido tal nivel de aceptación y fuerza moral que sería una necesidad afirmar que nos encontramos frente a un documento no vinculante. En todo caso, como dijimos, la costumbre internacional rescata a la Declaración de la penumbra jurídica en que se encontraba y la ubica como referencia jurídica necesaria en la protección y promoción de los derechos humanos, aun cuando sus defectos de origen sean evidentes. En ella descansa, de cualquier forma, el origen del derecho internacional de los derechos humanos en ámbito universal.²¹⁷

Otro tipo de tratados internacionales, que pueden más clasificarse como parte del derecho internacional humanitario o del derecho penal internacional, también aparecieron al final de la Segunda Guerra Mundial, como la *Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, que entró en vigor en 1951, o las Convenciones de Ginebra,²¹⁸ que entraron en vigor en 1950.

²¹⁶ Cfr. Aisha, Rateb, *op. cit.*, pp. 151 – 153. Otra posibilidad de afirmar que la Declaración Universal se volvió vinculante es porque los Estados la hayan recibido en ordenamiento interno. Cfr. Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica - Universidad Panamericana - CDHDF, 2001, p. 331.

²¹⁷ También podrían citarse, como lo hace Peces-Barba, documentos internacionales anteriores a la Declaración, por ejemplo, el Tratado de Londres de 1841, que lucha contra la esclavitud, el tratado entre Alemania y Polonia sobre la Alta Silesia posterior a la Segunda Guerra Mundial, que otorga la garantía de no discriminación a nacionales polacos, o también, en derecho internacional humanitario, las Convenciones de Ginebra de 1864 y 1929, o las de La Haya de 1899 y 1907. Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, 1ª. reimpr., Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 173 – 176.

²¹⁸ Nos referimos al *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, al *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, al *Convenio sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra* y al *Convenio sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra*.

Después, un tanto para corregir la no vinculatoriedad de la Declaración Universal, se crean sendos Pactos en 1966,²¹⁹ que contemplan una división entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

En un recorrido breve que destaque los documentos internacionales que han acrecentado y consolidado el sistema universal de protección de los derechos humanos, podríamos decir que, también en la década de los sesenta fue aprobada la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* y en los setenta, además de la adopción de protocolos facultativos a los Pactos del 66, y de la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* firmada en 1973, se adoptó la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* en 1979²²⁰ pero entró en vigor hasta 1981, y respecto de la cual se había iniciado su elaboración en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la Ciudad de México, en 1975.²²¹

En los ochenta, destaca la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, y al final de la década, la *Convención sobre los Derechos del Niño*. En el decenio siguiente, se crea la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares*, que entra en vigor hasta 2003. Y en los primeros diez años del actual siglo han aparecido la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas*, que entró en vigor en diciembre de 2010 y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 2006, que entró en vigor en 2008.

²¹⁹ El 23 de marzo de 1976, entró en vigor el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* mientras que dos meses antes, el 3 de enero, lo había hecho el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

²²⁰ Antes de 1979, habían sido adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada y la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, al Edad Mínima y el Registro de Matrimonios.

²²¹ Cfr. Tamés, Regina. "El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas", en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.) *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, México, Fontamara – SCJN, 2010, pp. 27 – 46.

Al lado de todo este desarrollo normativo que hemos mencionado existen otros tratados internacionales, denominados protocolos, que desarrollan sobre todo mecanismos de policía o de observación de cumplimiento de los tratados origen. Además de otras declaraciones y convenciones, que en un estudio mucho más detallado deberían considerarse. Importa destacar aquí, solamente, que el derecho internacional de los derechos humanos, como un régimen especializado en el ámbito universal, cuenta con normas propias, que se han desarrollado en poco más de sesenta años y que le han impreso una particular forma de entender los derechos humanos en el mundo.

Pero este apartado no estaría completo si no se hace una alusión a los mecanismos que en el ámbito universal se han creado para el cumplimiento de los derechos y libertades consagrados en tales tratados internacionales.

2.3.1.1 LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS, EN EL ÁMBITO UNIVERSAL.

El derecho internacional de los derechos humanos ha potenciado al máximo nuevas formas de solucionar las controversias internacionales, que coexisten al lado de las tradicionales maneras diplomáticas o adjudicativas a las que alude el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Esto significa que aun cuando los procedimientos de adjudicación (arbitraje y solución judicial) permanecen como auténticos procesos de solución de controversias internacionales han surgido, sobre todo con los derechos humanos, nuevas formas de vigilar la aplicación de los tratados internacionales y de solucionar los conflictos entre Estados, y entre individuos y un Estado.

Una diferencia esencial entre los mecanismos jurisdiccionales y los “nuevos” mecanismos de control internacional es que los primeros actúan cuando la controversia está presentada ante ellos mientras que en los segundos pueden tener una función preventiva. En efecto, las cortes y los tribunales internacionales, en aplicación de su competencia contenciosa, resuelven la controversia específica, y al

hacerlo, controlan la norma internacional, convencional o consuetudinaria, de que se trate; su función, en todo caso, una vez acreditada la responsabilidad internacional estatal, será restitutiva respecto del sujeto que haya sufrido un daño, cuantificable o no, por la violación a la norma internacional. En el caso del control internacional puede existir la posibilidad de que el Estado no viole la norma internacional y por tanto, se evite el daño.

Los procedimientos de control internacional de normas de derechos humanos pueden ser a través de: 1) informes periódicos; 2) inspección o verificación directa (visita *in loco*); 3) un procedimiento *cuasi* contencioso; o 4) medidas cautelares, como forma de prevención a la violación de una norma.²²²

Esta forma de garantía en las relaciones internacionales, dice Antonio Cassese, se debe a la aparición de obligaciones estatales que no eran recíprocas de derechos, a su vez, estatales, sino de derechos individuales, o de protección de intereses grupales.²²³ De tal forma que la violación a la norma que protegía tales intereses o derechos no le generaría un daño directo al Estado, sino a los sujetos efectivamente protegidos. Esto es, por tanto, una característica típica de los tratados de derechos humanos que, como dijimos, generan obligaciones al Estado, a veces frente a otro Estado (pero donde el interés le pertenece a los individuos), o frente a un individuo directamente. Por otro lado, la existencia de estos procedimientos, si bien pueden ser preventivos, se originan también por la negativa de los Estados a crear auténticas jurisdicciones internacionales, obligatorias, que protejan derechos humanos. De ahí que se han ideado procedimientos cercanos a las jurisdicciones pero que adolecen de obligatoriedad de sus decisiones. Este problema se suma a los problemas del derecho internacional: la ausencia de coercitividad, y la ausencia de los monopolios del uso de la fuerza, y de la imposición de la sanción.

²²² Cfr. Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 331 – 332. Aunque debe notarse que él alude directamente al procedimiento contencioso, y nosotros le hemos agregado el prefijo “cuasi”, pues aunque sigue la ruta del “contradictorio”, la decisión final no es una sentencia. Pues no estamos, en estricto sentido, frente a un tribunal internacional. Para un estudio prolijo sobre los mecanismos cuasicontenciosos, ver: Villán Durán, Carlos, *op. cit.*, 437 y ss.

²²³ Cfr. Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 329 – 330.

Es decir, en referencia específica a los mecanismos de control *cuasi* contenciosos, los Estados han buscado evitar la jurisdicción obligatoria (de tribunales regionales ya existentes o una corte universal de derechos humanos inexistente) que los forzara a ser juzgados por jueces, ya universales, ya regionales; y han diseñado comisiones o comités que adolecen del problema de la obligatoriedad de sus decisiones. Lo que es incomprensible, es que son los mismos Estados quienes al tiempo que se niegan a una situación propician la otra, y con ello, los otros sujetos del derecho internacional (académicos incluidos) deben buscar otro camino de acción en busca de la obligatoriedad de las decisiones internacionales, sobre todo aquellas que protegen derechos humanos. Así se ha beneficiado la construcción del *soft law* como fuente del derecho internacional.

Estos cuatro mecanismos de control a los que hemos aludido son ejercidos, principalmente, por el Consejo de Derechos Humanos y los comités que han sido creados para vigilar el cumplimiento y la aplicación de, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (de reciente creación) entre otras.

Los Comités, que son compuestos por individuos electos a título personal y no en representación de su Estado como sucede en el Consejo de Derechos Humanos, pueden utilizar tres procedimientos básicos:²²⁴ 1) Examen a través de informes periódicos; 2) Demandas interestatales. Esto no es sino una confirmación de lo que hemos comentado en párrafos anteriores: los tratados de derechos humanos también comportan obligaciones interestatales, de ahí que cualquier Estado pueda advertir la violación a la norma internacional y sentirse “dañado” por ella, cuando en

²²⁴ Cfr. Cassese, Antonio y Gaeta, Paola, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 156 – 160. También, Cassese, Antonio, *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2005, pp. 99 – 106.

realidad el daño directo es producido a individuos o grupo de individuos; 3) Peticiones individuales. Sin duda es este mecanismo el que más prurito despierta, pues el individuo o un grupo de individuos, puede acudir directamente al Comité y denunciar la presunta violación de una norma internacional. En efecto, agotados los requisitos necesarios para su aceptación, los individuos pueden tener un derecho de petición individual en sede internacional, pero sin que la resolución sea obligatoria. En todo caso será una observación general.

Por último, además de este control convencional o por virtud de tratados, existe, en el ámbito universal de los derechos humanos, el control ejercido por organismos creados por resoluciones de los órganos competentes de las Naciones Unidas, como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, o el Consejo de Derechos Humanos. El primero tiene como función principal la prevención de violaciones y la promoción de los derechos humanos en el mundo, el segundo, a través de procedimientos especiales heredados de la antigua Comisión, puede encargar a grupos de expertos o relatores el examen o el control de una determinada situación de violación a derechos humanos en algunos Estados; además del mecanismo de revisión periódica respecto de la situación de los derechos humanos en Estados específicos, promoviendo el diálogo con el Estado que se encuentre bajo revisión.

Así pues, el derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo la celebración de nuevos tratados internacionales y mecanismos de control específicos, que lo identifican como un régimen especializado dentro del derecho internacional público.

2.3.2 DE LOS TRATADOS A LA COSTUMBRE INTERNACIONAL. EL RETORNO DE LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS.

Si la costumbre es, como dice el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, una “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”

entonces valdría vincularla con el discurso internacional de los derechos humanos, no sin advertir lo complejo de la construcción consuetudinaria en derecho internacional y lo difícil que puede llegar a ser su comprensión.²²⁵ De ahí que antes de hacer propiamente la vinculación entre la costumbre internacional y los derechos humanos ubicaremos los puntos de estudios importantes y discutidos en la doctrina internacional sobre la formación de las normas consuetudinarias. Entre ellos destaca su naturaleza consensual o espontánea, la costumbre internacional emergente y los procesos de codificación, cristalización y creación.

2.3.2.1 LA COSTUMBRE INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO. UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN.

Como puede comprobarse en diversos estudios de derecho internacional, no existe duda que la costumbre es fuente del derecho internacional, y junto con los tratados, el medio más importante para la positivización de las normas internacionales. La noción de costumbre, dentro del positivismo jurídico, ha sido ampliamente revisada sin que exista un consenso real que pueda ser aplicado en la formación del derecho interno. Según Bobbio,²²⁶ la teoría del derecho ha elaborado tres tesis sobre la juridicidad de la costumbre:

- 1) La doctrina romano – canónica, que valida a la costumbre sólo en la medida que aparece en la ley. En realidad, aquí la ley es el fundamento de la costumbre, es decir la voluntad de quien puede crear una norma jurídica. Y ésta fue la corriente seguida por los internacionalistas como Anzilotti,²²⁷

²²⁵ “The concept of custom is notoriously abstruse. Students often find it bewildering and teachers of international law tend to approach it gingerly.” Simpson, Gerry, “The situation on the international legal theory front: the power of rule and the rule of power”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 2000, p. 442. Cfr. Betti, Emilio, *Problematica del Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 25 – 41.

²²⁶ Bobbio, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli Editore, 1996, pp. 169 – 171.

²²⁷ Cfr. Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, cit., pp. 71 – 74. Es como dice Dupuy, la escuela voluntarista de la costumbre. Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, cit., p. 346. La fuerza obligatoria de la costumbre deriva, en todo caso, de la regla *pacta sunt servanda*.

que encuentra en el consenso estatal, expreso o tácito, la única posibilidad de volver derecho una práctica reiterada;²²⁸

- 2) La doctrina moderna que, propuesta por Austin, fundamenta el valor jurídico de la costumbre en el acto del Estado a través de los jueces. Antes de ello, puede ser una norma creada por la sociedad, no jurídica en la medida que no hay un acto del Estado; requisito satisfecho con la función judicial; y
- 3) La doctrina de la escuela histórica que apunta a la espontaneidad de la costumbre y que requiere no sólo de la práctica sino de la convicción de que sea derecho. Esta convicción no es originada por un acto estatal, sino por los sujetos del sistema jurídico (de ahí que se diga que la costumbre es autoreferencial, pues no necesita de otro acto que le dé validez; el motor de la costumbre es, a su vez, el propio proceso consuetudinario). Esta forma de fundamentar la costumbre, si bien no ha alcanzado fuerza en el derecho interno, sí parece ser bien recibida por el derecho internacional.

Así pues, la costumbre internacional implica, como condición de existencia, dos elementos fundamentales: una construcción real, empírica, seguida de un revestimiento jurídico. Es decir, la costumbre no se basa en consideraciones abstractas sino en hechos. No es el texto de una norma sino la conducta, de acción u omisión, de un sujeto determinado. Cuando se trata de analizar una obligación consuetudinaria, no se mira el texto del tratado, porque sencillamente no existe tal, sino la constancia o evidencia empírica de los hechos. O dicho también de otra forma, la costumbre internacional no nace en las conferencias internacionales sino por la práctica estatal o la conducta reiterada de los sujetos de derecho internacional. El segundo elemento, por mucho, es complicado de acreditar. La “facilidad”²²⁹ de

²²⁸ Según Bobbio, esta forma de entender la costumbre en el derecho internacional se encuentra ya abandonada: “... si tratta però di una giustificazione oggi completamente abbandonata.” Bobbio, Norberto, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 170.

²²⁹ Al usar el vocablo “facilidad” solamente se pretende contrastar la característica del primer elemento de la costumbre frente a la correspondiente del segundo. Por supuesto, se conoce la dificultad que la propia CIJ ha tenido para acreditar la reiteración de la práctica, la generalidad y la constancia e uniformidad de la

corroborar una práctica es proporcional con la dificultad de demostrar que es obligatoriamente jurídica. De ahí que se afirme que la costumbre es esencialmente un hecho de origen sociológico, de nacimiento espontáneo, imprevisible, y donde la calificación o su ingreso al mundo jurídico es posterior a la actuación.²³⁰

El elemento consensual en la formación de la costumbre y la costumbre emergente.

La doctrina internacional se divide a partir de la existencia o inexistencia del elemento consensual para definir que una conducta se vuelve obligatoria. De voluntaristas a objetivistas, desde el primer cuarto del siglo pasado, los doctrinarios han sostenido que la costumbre se basa ya sea en la voluntad de los Estados o fuera de ella; o sea, en una necesidad social. Para los primeros, en correspondencia con la doctrina romano – canónica, no hay costumbre fuera de la voluntad estatal, o al menos, de la aceptación tácita. En cambio, para los segundos, la voluntad de los Estados está subordinada a la costumbre, que es la expresión de una colectividad internacional, pero que agrega una actitud individual frente a ella.²³¹ En ambas posturas, el elemento material no es suficiente para acreditar costumbre internacional, hace falta, de cualquier forma, el elemento psicológico, la convicción de que la práctica es derecho.

La jurisprudencia de la CIJ, en *Plataforma Continental Mar del Norte*, sostuvo que: *“Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais in outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l’existence*

misma. O, según dice Pellet “... contrary to what could seem logical, determining the existence of practice is far from self-evident.” Alain, Pellet, “Article 38: a commentary”, en Zimmermann, Andreas (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, USA, OUP, 2006, pp. 750 – 751. Sobre la constancia e uniformidad, en un determinado período, puede verse: Cour International de Justice, *Affaire du Droit de Passage sur Territoire Indien* (Portugal c. Inde), fond, Arrêt du 12 avril 1960, p. 40. También, International Court of Justice, *Asylum Case* (Colombia/Peru) Judgment of 20 November 1950, p. 276.

²³⁰ Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d’interprétation judiciaire en Droit International Public*, París, Pedone, 1963, pp. 219 – 220.

²³¹ “So, opinio juris is converted from an individual attitude (what a state believes about its own behaviour) to a collective phenomenon (what states in general believe about a particular action or more importantly about the process of consent).” Simpson, Gerry, *op. cit.*, p. 443.

d'une règle de droit."²³² De alguna manera, no cabe duda de la necesidad del elemento psicológico, que no debe ser equiparado a un elemento consensual. En efecto, la convicción de lo obligatorio no es igual a decir que la norma ha sido aceptada por los sujetos de derecho como si se tratara de una norma convencional. En el mismo asunto, el Tribunal de la ONU refiere el sentimiento de que la práctica debe ser equiparable a la obligación jurídica.²³³

Al respecto, ya la CVDT de 69 incluyó la posibilidad de que una norma convencional llegue a ser considerada norma consuetudinaria, y por tanto obligatoria a terceros Estados que no sean parte de un tratado.²³⁴ Los artículos 35 al 37 de la Convención citada prevén excepciones al principio *res inter alios acta*,²³⁵ pero en estos casos es necesario el consentimiento de los Estados, tanto de aquellos que son parte en el tratado como de los terceros que no lo son; si se tratase de derechos el consentimiento del tercer Estado puede ser tácito. Sin embargo, el alcance del artículo 38 permite considerar la posibilidad de que normas, convencional y consuetudinaria, que contemplan la misma conducta para un Estado, pueden convivir en el tiempo;²³⁶ y mientras una sólo es válida para los Estados parte, la otra adquirirá un carácter *erga omnes*.

²³² Cour Internationale de Justice, *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*, Arrêt 20 février 1969, parr. 77.

²³³ "The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation", y Pellet llama la atención sobre el vocablo "*feel*" y que en la versión francesa es "*sentiment*" para destacar que existe una diferencia de significado entre eso que dice la Corte Internacional y el sentido de lo obligatoriamente jurídico. Pellet, Alain, *Commentary... cit.*, p. 753.

²³⁴ Cfr. Artículo 38 de la Convención de Viena (1969): 38. **Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional.** Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.

²³⁵ *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt; res inter alios acta nec prodest nec nocet.* Y que en derecho internacional también puede referirse al principio *par in parem non habet imperium*, pues, en efecto, los Estados son soberanos e iguales entre ellos, y para obligarse frente a otros, hace falta su consentimiento. Cfr. Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Hijhoff Publishers, p. 467. También puede verse: Cour Permanente de Justice Internationale, *Certain German interests in Polish Upper Silesia Case*, p. 30.

²³⁶ Cfr. International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Nicaragua v. United States of America) (Merits)*, 1986, párr. 177.

Sigue sin resolverse si es o no necesario el consentimiento estatal para la formación de la costumbre internacional. Al respecto, puede decirse claramente que lo acordado en el artículo 38 de la CVDT es una evidencia que demuestra, precisamente, la ausencia de voluntad del tercer Estado (no parte en el tratado) pero que se obliga a la norma prevista en el tratado por llegar a ser norma consuetudinaria. Sin embargo, en este caso es necesaria la existencia de una regla escrita que luego puede convertirse en costumbre (de ahí que se hable de costumbre emergente). Dicho de otra forma, es necesario el pacto entre sujetos que crean la norma escrita. Si es así, entonces el tratado es presupuesto de la costumbre internacional. Y si bien la costumbre no necesitaría del consentimiento del tercer Estado, si hace falta el consentimiento de otros Estados (los que sí son parte) para que se llegue a conformar la regla escrita.²³⁷

Mas no todas las normas de costumbre internacional nacen de la misma forma. En el aludido artículo, es evidente que el objetivo inicial es establecer los límites de validez de un tratado internacional: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”;²³⁸ pero también puede decirse que un segundo objetivo es considerar a una norma ya consensada, como norma consuetudinaria.

La jurisprudencia de la Corte Internacional ha demostrado que, para considerar la norma consuetudinaria, no hace falta la relación *vis-à-vis* propia del tratado visto como contrato,²³⁹ sino de una opinión generalizada, espontánea, donde el consentimiento no es, no podría serlo, condición de existencia de una norma de costumbre. Pero al mismo tiempo, su espontaneidad puede ser vista como volatilidad. En un extremo, puede decirse que lo que no está escrito no es derecho pues no está pactado por las partes. Pero si hay un tránsito, no claro, de aquello que es una práctica a la concepción de lo obligatorio, no debe depender, necesariamente,

²³⁷ Cfr. Villiger, Mark E., *op. cit.*, p.14; 499 – 504.

²³⁸ Artículo 34, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969.

²³⁹ Cfr. Kelsen, Hans. *El contrato y el tratado*, *cit.*, pp. 3 – 32.

del consenso estatal. Una costumbre internacional no nace por la aceptación de los Estados, aun cuando ésta sea expresa, porque, de concederse tal posibilidad, podría tolerarse, la objeción, persistente o no, de los Estados.²⁴⁰

Existe una corriente de la doctrina que sostiene la necesidad del consentimiento estatal, pues en el complejo procedimiento de formación de la costumbre es necesaria la conducta, y ésta no puede ser sino una manifestación de la voluntad de los Estados.²⁴¹ Aun cuando esto es cierto, la conducta de un Estado no puede ser considerada como una manifestación de voluntad equiparable al consentimiento de una norma convencional. En todo caso, importa la conducta individual de un Estado, en una primera etapa, para verificar la existencia del elemento material; pero, se insiste, esto no puede equivaler al consentimiento que produce una norma. El proceso es mucho más complejo y no siempre deriva de la voluntad de un Estado.

Hoy por hoy, la costumbre se nutre de actos estatales, es cierto, pero también de actos de organizaciones internacionales y de sus resoluciones, en donde la voluntad de un Estado no siempre está presente (sobre todo si hablamos de aquellos organismos internacionales en donde quienes los conforman actúan a título individual y no como representantes de un determinado gobierno).

Por otro lado, debe admitirse que el objetor persistente (*"persistent objector"* o *"objecteur persistant"*) no es sino una tenue puesta en práctica de la doctrina voluntarista de formación de la costumbre,²⁴² pero que, como se ha visto, no ha sido

²⁴⁰ Cfr. De Visscher, Charles, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 13ª. ed., París, Pedone, 1960, pp. 177 – 199.

²⁴¹ Cfr. Millán Moro, Lucía, *La «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 99 y ss.

²⁴² Treves sugiere otra explicación: "La spiegazione del fenómeno, più che in una concezione consensualistica della consuetudine, parrebbe risiedere in una situazione di temporanea e limitata frantumazione della società internazionale, dovuta alle tensioni cui danno luogo le rapide trasformazioni della sua composizione e delle concezioni in essa prevalenti." Treves, Tullio. *Diritto Internazionale cit.*, p. 234. Además, los Estados que han utilizado como argumento la objeción de la costumbre, al momento, no han tenido éxito en su intento. Cfr. Treves, Tullio. "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de la Haye, Vol. 223, 1990, pp. 29

la más utilizada en el derecho internacional actual. Si el objetor persistente es uno sólo, su posición es sumamente frágil, y si, en cambio, existen muchos objetores, incluso la mayoría de la colectividad internacional, entonces tendría que replantearse la noción misma de la norma consuetudinaria²⁴³ pues sería claro que faltaría la opinión generalizada de que una conducta debe ser vista como derecho.²⁴⁴ “Cualquier otra interpretación privaría a la costumbre de su carácter obligatorio y la excluiría de la categoría de las fuentes del derecho internacional general.”²⁴⁵ En última instancia, cualquier intento de frenar una norma consuetudinaria a través de una objeción persistente, debe ser frenado, tajantemente, cuando esta norma sea considerada *ius cogens*.²⁴⁶

Sobre la codificación y cristalización de la costumbre internacional. Faltaría enunciar, aunque fuera de manera breve, cómo la jurisprudencia y doctrina internacionales, al tratar de darle contenido a normas consuetudinarias y distinguir las de aquellas convencionales, han distinguido entre codificación y cristalización de la costumbre internacional.²⁴⁷

Un tratado crea una norma consuetudinaria cuando los Estados parte, e incluso aquellos que no lo son, se conducen de acuerdo a una cláusula convencional

y ss. Y sobre la “fórmula nebulosa” del objetor persistente, puede verse: Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, Voto del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 27.
²⁴³ “... resulta que un Estado quedará obligado por una regla consuetudinaria si no ha adoptado una persistente actitud de oposición a ella durante el periodo de su formación. De esto podemos inferir cuál es el alcance de la presunción de la aceptación: cuando una costumbre se ha cristalizado debidamente, no puede permitirse a ningún Estado que refute la presunción, o que alegue que no acepta lo que ha permitido que llegue a tener realidad sin oponerse a ello.” Virally, Michel, “Fuentes del derecho internacional” en Sorensen, Max (ed), *op. cit.*, p. 166.

²⁴⁴ “La Cour ne saurait donc admettre que le Gouvernement de la Colombie ait prouvé l'existence d'une telle coutume. A supposer que cette coutume existât entre certains Etats seulement de l'Amérique latine, elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'a au contraire répudiée en s'abstenant de ratifier les Conventions de Montevideo de 1933 et 1939, les premières qui aient inclus une règle concernant la qualification du délit en matière d'asile diplomatique.” *Affaire du droit d'asile*, 1950, pp. 278 - 279.

²⁴⁵ Virally, Michel, “Fuentes del derecho internacional” en Sorensen, Max (ed), *op. cit.*, p. 166.

²⁴⁶ Cfr. Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, *cit.*, p. 154.

²⁴⁷ Suele ser de referencia obligada la distinción, que aquí se sigue, de Eduardo Jiménez de Aréchaga, en: Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “The work and the jurisprudence of the International Court of Justice, 1947 – 1986”, *British Year Book of International Law*, 1988, pp. 32 – 33.

(tal es el caso previsto en la Convención de Viena de 1969, ya analizado). Puede hablarse de codificación de la costumbre cuando una norma, antes que sea convencional, ya existe como norma consuetudinaria, pues pueden acreditarse ambos elementos.²⁴⁸ Con éxito, se han codificado normas consuetudinarias en las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares,²⁴⁹ entre otras.

Por otro lado, cuando en tratados de tipo multilateral, se establece una obligación o un derecho para los Estados parte, pero al mismo tiempo puede estudiarse como norma emergente del derecho internacional consuetudinario, puede decirse que el tratado cristaliza la costumbre. Esto equivale a decir que, mientras el tratado no haya sido adoptado, la norma consuetudinaria no puede existir, sino que todavía se encuentra en proceso de formación; una vez establecida la conducta en el tratado, la costumbre se consolida y, por tanto, nace una nueva obligación para los Estados fundamentada en dos tipos de normas: convencional y consuetudinaria.

Ha sido la CIJ la que ha desarrollado esta tesis a partir, otra vez, del Caso de la *Plataforma Continental Mar del Norte*, al tratar de demostrar si el método de la equidistancia²⁵⁰ era una norma internacional de costumbre, como lo pretendían Dinamarca y los Países Bajos, puesto que se encontraba ya establecida en la Convención sobre la Plataforma Continental de 1948 y se derivaría, además, de los

²⁴⁸ “Codification is the process through which legal rules appearing in disparate and non-systematic form, and sometimes having different scope of application, are expressed in written and systematic form and given a measure of authority. In international law, codification consists of the expression in written form of customary rules, while the added authority appertaining to such new written rules depends on the instrument in which they are incorporated.” Treves, Tullio. “Customary International Law”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008.

²⁴⁹ Cfr. Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 153.

²⁵⁰ “Artículo 6 [...] 2. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo de ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias particulares justifiquen otra delimitación, está se efectuará aplicando el principio de equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mida la extensión del mar territorial de cada Estado”. Convención sobre la Plataforma Continental de 1958, aprobada en Ginebra Suiza el 29 de Abril de 1958.

trabajos de la CDI y de las conferencias de la propia Convención.²⁵¹ La Corte sostuvo que, la Comisión hablaba mejor de *lege ferenda* y no de *lege data*, por tanto, no podía validar el argumento de la cristalización de una norma consuetudinaria en vía de formación.²⁵² No debe perderse de vista que, cuando los Estados o los negociadores de un tratado, introducen una regla que al mismo tiempo pudiera formarse como costumbre, la sujetan a la expresión de consentimiento de aquella convencional. En efecto, la cristalización fracasa en la medida que al tratado le hace falta la expresión de voluntad; argumento contundente para que un Estado pueda afirmar con éxito, que no hay *opinio iuris* respecto de la formación consuetudinaria de la misma regla.

2.3.2.2 LOS DERECHOS HUMANOS Y LA OPINIO IURIS INTERNACIONAL.

Una vez hechas consideraciones generales sobre la costumbre internacional quedaría por aplicarlas al derecho internacional de los derechos humanos. La propuesta es rescatar el sentido de la práctica reiterada y la convicción de lo jurídicamente obligatorio para fortalecer la construcción de una cultura internacional de los derechos de los individuos. Dicha cultura no debe estar soportada solamente en la voluntad estatal capaz de crear tratados, es decir, en normas convencionales. Al mismo tiempo, si logramos determinar las normas consuetudinarias podríamos establecer un límite al uso de la noción del *ius cogens* y de la jerarquía de las normas internacionales, así como del *soft law*. La costumbre internacional puede ser, al final, el elemento de equilibrio en el discurso de los derechos humanos más allá de los tratados sin los excesos de otras categorías jurídicas.

²⁵¹ “... si avant la conférence le droit du plateau continental n’était qu’embryonnaire et si la pratique des Etats manquait d’uniformité, il n’en restait pas moins que «la définition et la consolidation du droit coutumier en voie de formation s’étaient effectuées grâce aux travaux de la Commission du droit international, aux réactions des gouvernements devant l’oeuvre de la Commission et aux débats de la conférence de Genève » et que ce droit coutumier en voie de formation s’était «cristallisé du fait de l’adoption de la Convention sur le plateau continental par la conférence». Cour Internationale de Justice, *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*, Arrêt 20 février 1969, cit, párr. 61.

²⁵² *Ibidem*, párr. 62.

El discurso actual de los derechos humanos, aún en sede internacional, se ha preocupado más por quedar plasmado en cartas nacionales o internacionales que apelar a la costumbre como fuente creadora de obligaciones (y derechos).²⁵³ Cada tratado internacional firmado, ratificado y en vigencia, constituye una meta trascendental y específica en la conquista de los derechos humanos como si ella fuera la única posibilidad de invadir el ámbito de lo jurídico, por tanto, de lo obligatorio. Las propias experiencias estatales y judiciales internacionales, muestran, en cambio, que la práctica reiterada y la opinión de lo obligatorio, no siempre deriva del consenso estatal escrito, sino de una multiplicidad de factores, que por difícil que parezca y dada la ausencia de voluntad estatal en muchos campos del derecho, en algunos casos suele ser más sencillo que estampar una firma en un documento por el jefe de Estado. Es quizá el caso de los derechos humanos y podría ser el camino jurídico más corto para salirse de la absoluta voluntad estatal que crea derechos y obligaciones solamente entre Estados. En la medida que pueda construirse un discurso sólido sobre la edificación de normas consuetudinarias estaremos más cerca de una vigencia jurídica plena de los derechos humanos.

En el estado actual de cosas, las rutas para sostener que las normas que protegen derechos humanos son también normas consuetudinarias pueden ser la creación de normas según el artículo 38 de la CVDT de 1969, o la cristalización en algunos casos, o la codificación en otros.

En efecto, la adopción de textos internacionales es la culminación de conferencias y negociaciones que a veces se mueven lentamente en el transcurso de los años; la costumbre, en eso, no es diferente, pero tiene la ventaja de no necesitar la adopción del texto, ni la firma de los representantes estatales, ni un despliegue mediático que permita captar el momento preciso de la reunión multilateral encabezada por ministros, presidentes o reyes. La costumbre internacional es, ante

²⁵³ Esta circunstancia no es exclusiva del derecho internacional de los derechos humanos, sino que le pertenece a todo el derecho internacional. *Cfr.* Treves, Tullio. "Customary International Law", *cit.*, párrs. 90 – 91.

todo, un procedimiento espontáneo de construcción jurídica que no necesita del consenso estatal.²⁵⁴ Además, no se trata de iniciar una práctica consuetudinaria sino de acreditar su existencia.

Las normas internacionales que consagran derechos humanos deben ser vistas como normas consuetudinarias. Y de esa forma nos permitirá hacer, incluso, un último filtro de aquello que realmente puede y debe ser considerado como norma jurídica internacional, en materia de derechos humanos. Por ejemplo, no necesitamos, en realidad, construir una nueva estructura que, culminada con otro protocolo, se afirme que debe protegerse el medio ambiente. Valdría más, y eso proponemos, elaborar o reafirmar una norma consuetudinaria que proteja el medio ambiente y las derivaciones que esa obligación implicaría.

Que el derecho internacional se haya nutrido de costumbre internacional en su origen no hay ninguna duda. El *mare liberum* de Grocio, la inmunidad de los recintos diplomáticos, la inmunidad jurisdiccional de los Estados, e incluso las propias normas de conclusión y entrada en vigor de los convenios entre Estados²⁵⁵ no son sino normas consuetudinarias ejemplares que han servido a la edificación de las relaciones internacionales.

El derecho internacional de los derechos humanos, en momentos históricos distintos ha seguido la trayectoria del derecho internacional en lo que se refiere a la costumbre y los tratados. Es decir, el proceso de codificación de la costumbre y el nacimiento de nuevos tratados ha movido al proceso consuetudinario de su lugar privilegiado como creador de obligaciones y derechos. Sin embargo, la abundancia de tratados no ha sido el factor determinante en la evolución de la sociedad. Al contrario, es una evidencia de que nuestra naturaleza humana no se regula, totalmente, a partir de la formación de normas estatalmente consensadas.

²⁵⁴ Cfr. Millán Moro, Lucía. *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, cit. pp. 75 y ss.;

²⁵⁵ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, cit., pp. 343 y ss.; Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 215 y ss.; López – Bassols, Hermilo. *Derecho Internacional Público contemporáneo e instrumentos básicos*. 2ª. ed., México, Porrúa, 2003, p. 52

Además, los derechos humanos, como valores puestos en normas,²⁵⁶ se convierten en rehenes de los tratados, pues pareciera que si un derecho existe, debe estar en un tratado internacional. O dicho de otra forma: fuera de los tratados internacionales no hay derechos humanos. El error es evidente, pues el derecho internacional se alimenta además, de la construcción judicial, que permite movimiento de la norma (codificada o no), según el caso en que se aplique.

La costumbre bien puede ser otro elemento de movilidad del derecho internacional, y el desarrollo progresivo del mismo, con la ventaja de que no todo aquello que se dice, es costumbre. Es decir, para que una práctica escale niveles y se posicione como costumbre, hace falta la conjunción de muchos factores, y propondríamos como un elemento definitivo, la evidencia judicial.

Decíamos, dado que el derecho internacional de los derechos humanos ha seguido el camino del derecho internacional, se dejó de hablar de costumbre para presenciar un mundo regido por tratados. Sin olvidar el mérito que ello tiene, es necesario un rescate, si vale la expresión, o una vuelta a la concepción de la costumbre internacional en materia de derechos humanos.

Habría, al menos, un par de ventajas:

- 1) Permitiría generar obligaciones y derechos a terceros Estados que no son parte de un tratado internacional. Dice el artículo 38 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que “Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.” Es decir, no hace falta el consentimiento expreso o tácito del tercer Estado, como propondrían los artículos 35 y 36, según se refiera

²⁵⁶ Esta noción refiere, necesariamente, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, citada por Alexy, que refiere a los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 159.

a derechos u obligaciones derivados de un tratado internacional en el que un Estado no es parte. La costumbre internacional termina por imponerse a la voluntad estatal expresa.²⁵⁷

- 2) Si coexisten una norma consuetudinaria y una norma convencional la denuncia de ésta no implica el término de la vigencia de aquélla. Ambas normas tienen vida independiente entre sí, aun cuando en ocasiones convivan. Por ejemplo, un Estado americano, en virtud de alguno de lo que en el cuarto capítulo veremos como desatinos de la Corte IDH,²⁵⁸ podría denunciar la CADH (además, por supuesto, de la denuncia de competencia contenciosa del propio órgano jurisdiccional). Si así sucediera, al término de un año, el Estado podría afirmar que la Convención no le es obligatoria, pero no podría hacerlo respecto de las reglas consuetudinarias que ella establece y que “viven” fuera de ella.

Si bien este razonamiento no es nuevo, y aplica para todas las normas internacionales que siendo convencionales también sean consuetudinarias, no es un tema recurrente en el derecho internacional de los derechos humanos, ni en nivel universal ni regional, de ahí que se planteé aquí la posibilidad de observar a normas jurídicas ya convencionales, como costumbre internacional.

Pero todavía deben hacerse dos precisiones:

- A. Un escenario ideal sería que a la par del reconocimiento de normas consuetudinarias que contemplen la protección de derechos y libertades fundamentales, se pugne por la jurisdicción obligatoria de los

²⁵⁷ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *Temas Selectos de Derecho Internacional*, 4ª. ed., México, UNAM – IJ, 2003, pp. 385 y ss.

²⁵⁸ Sobre esto que hemos denominado desatinos o incluso excesos de la Corte Interamericana podría justificarse en el planteamiento que se hace en capítulos posteriores a propósito del control de convencionalidad, de la Opinión Consultiva no. 20, o sobre la declaratoria de violación que la Corte realiza respecto de la Convención Belem do Pará. También puede verse Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Kai, *et. al.* (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 – 61. Por último, la denuncia de Venezuela en septiembre de 2012, adquiere valor doble: por una lado, una llamada de atención al Sistema Interamericano; por otro, la frustración latinoamericana ante la imposibilidad de crear una zona sólida de respeto y promoción de derechos humanos.

tribunales internacionales, ya generales, ya regionales, incluso también como otra norma consuetudinaria.²⁵⁹

- B. No todos los derechos humanos consagrados en tratados internacionales deben y pueden ser considerados como costumbre internacional. Y en algunos casos, podría distinguirse entre normas consuetudinarias generales, universales, regionales y locales.²⁶⁰

2.3.2.3 EL ROL DEL JUEZ DE DERECHOS HUMANOS EN LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL.

Si se sigue la postura de la CIJ, el órgano jurisdiccional determina el derecho aplicable pero no crea nuevo derecho; así, en el *dictum* del *Caso de las Pesquerías*, sentencia de 1974, afirmó que, en tanto corte de derecho, no puede resolver una controversia con base en *lege ferenda*, ni enunciar el derecho antes de que el legislador lo haya establecido.²⁶¹ Por otro lado, el propio órgano jurisdiccional encontró la salida de ir más allá de lo establecido en una norma convencional cuando, al determinar su jurisdicción para otorgar una opinión consultiva, reafirmó que está llamada a decir el derecho, no a legislar; pero eso no es impedimento para fijar el alcance de una norma, o, incluso, constatar su evolución.²⁶² Así, la línea entre la creación y la aplicación prácticamente fue desdibujada con esta última decisión citada de la Corte Internacional.

En sentido preciso, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece las referencias que los jueces deben seguir para solucionar una controversia; ahí son llamados a utilizar el derecho “puesto” por otros sujetos, y no a

²⁵⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 47.

²⁶⁰ Cfr. Condorelli, Luigi, “La Coutume”, en Bedjaoui, Mohammed, *Droit International... cit.*, pp. 187 y ss.

²⁶¹ “In the circumstances, the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down.” *Fisheries Jurisdiction (Merits)*, ICJ, párr. 53.

²⁶² “L’argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le corpus *juris* existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l’évolution.” *Menace ou emploi d’armes nucléaires* (Avis consultatif), párr. 18.

“poner” ellos mismo el derecho. Sin embargo, en la función jurisdiccional, hoy es difícil sostener que los jueces no han creado derecho, aun cuando sea para fijar el alcance de las normas convencionales. Precisamente, la función judicial, como lo hemos dicho anteriormente, y lo estudiaremos con detalle en el capítulo siguiente, ha aportado buena parte del desarrollo progresivo del derecho internacional (y el derecho internacional de los derechos humanos no ha sido la excepción). Es más, el extremo opuesto y peligroso parece presentarse cuando el contenido de un derecho consagrado en la Convención Americana está determinado por lo que dicen los jueces de la Corte Interamericana o cuando se crea un nuevo derecho o se modifica el texto convencional.

Hemos sostenido que podríamos acercarnos a las normas internacionales de derechos humanos no sólo como normas convencionales sino también como normas consuetudinarias, y serían los jueces internacionales, quienes, al final del complejo camino de una jurisdicción internacional, puedan someter a los Estados no sólo a lo que han creado en ejercicio de su soberanía, sino también a la exigencia de un fenómeno colectivo que crea obligaciones jurídicas; o sea, la costumbre.

Los jueces no sólo pueden revelar la norma consuetudinaria. Deben, por mucho, participar en su formación.²⁶³ Siendo ésta, su participación, incluso definitiva en la declaración de la norma. Como se ha demostrado en algunos casos por la CIJ, quién sí ha tenido oportunidad de comprobar la existencia de una norma consuetudinaria, hace falta tener herramientas creativas para probar la práctica reiterada y, sobre todo, para establecer la liga con la obligación jurídica. Enfatizar la función judicial a tal grado puede abrir la puerta a la arbitrariedad de los jueces (si bien no es el único camino posible por el que podría llegar, o incluso ha llegado ya) pero en materia de derechos humanos no puede, bajo ninguna circunstancia, esperarse a la manifestación clara y explícita de voluntad de los Estados para obligarse.

²⁶³ Cfr. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, cit., pp. 222 y ss.; Dupuy, *Droit International cit*, p. 349 – 350.

La apuesta es a la función judicial, que deberá tomar una multiplicidad de factores aportados por las declaraciones gubernamentales, los actos de las organizaciones internacionales, los individuos, los académicos y, sobre todo, la real violación a los derechos humanos.

Treves, al desarrollar precisamente la función de los jueces en la costumbre, señala con acierto que:

The loss of contact that can be seen in many judgments of the ICJ between the ascertainment of the existence of a customary rule in the context of Art. 38 (1) (b) ICJ Statute and the rule applicable to such process, has been seen as an indication of arbitrariness—or ‘violence’—that contributes to the loss of legitimacy of customary rules (Chigara). This negative assessment seems to be based only on judicial determination of customary rules, not taking into account that such judicial determination is not sustainable without the formation of a broader conviction involving the generality of subjects of international law, in which the possibility of consistent objections may be relevant. The remedies proposed, consisting of increasing transparency of the process of judicial determination of the existence of customary rules by clarifying the values that influence such determination, while unobjectionable, seem either far from being new, as they consist of what legal scholars have been trying to do for centuries, or naïve, as they would imply a rewriting of Art. 38 ICJ Statute.²⁶⁴

En todo caso, es una propuesta abierta a la discusión y que sin duda merecerá mayor desarrollo. El objetivo primero es determinar que, al ser un régimen especializado del derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos puede alimentarse muchísimo más de la noción de costumbre internacional. Hacerlo implicaría mayores beneficios al discurso, a veces gastado, de los derechos humanos. Y si bien en otros campos del mismo derecho es difícil la acreditación de la costumbre por el cambio mismo de las relaciones internacionales, en derechos humanos debe ser la base a partir de la cual se construya mejor su protección.

2.3.3 LAS NORMAS *IUS COGENS*, LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES* Y LOS DERECHOS HUMANOS.

²⁶⁴ Treves, Tulio, “Customary International Law”, *cit*, párr. 58.

El reconocimiento y pronunciamiento judiciales de las obligaciones *erga omnes* y del *ius cogens* en los discursos relacionados directa o indirectamente a los derechos humanos necesitan de precisiones conceptuales.

Un tratado deberá ser declarado nulo cuando sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general, también llamado derecho perentorio, o *ius cogens*.²⁶⁵ La referencia es exactamente tomada del artículo 53 de la CVDT, que recogió la noción de un derecho internacional obligatorio por encima de la soberanía de los Estados. El mismo artículo define que: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” La dificultad es evidente porque la fórmula utilizada por la Convención de Viena no desarrolla un elenco de cuáles normas adquieren tal carácter de imperativas y, además, la definición es circular: una norma de *ius cogens* es una norma imperativa. Esta situación se agrava si, como se sabe, no hay un legislador internacional que pueda crear normas jurídicas internacionales por encima, o en contra, de la voluntad estatal.²⁶⁶

La historia del *ius cogens* internacional no inició en los trabajos de la CDI para codificar el derecho de los tratados; ya los clásicos como Vattel, referían la idea de la existencia de un derecho inmutable, originado en la naturaleza de las cosas y en la naturaleza humana, que le debería ser aplicado a los Estados.²⁶⁷ Apenas la CDI inició con fuerza, durante la década de los sesenta, el debate sobre el contenido y los efectos del *ius*

²⁶⁵ La noción de *ius cogens* ya no es absurda o no debe serlo. Sobre todo si la tendencia es conformar una categoría especial normas internacionales de tal nivel. Entre más discutamos el concepto, mejor preparados estaremos para decir qué obligaciones o derechos pertenecen a ese concepto. Cfr. Virally, Michel. *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 184 y ss.

²⁶⁶ Treves, *Diritto Internazionale...*, cit., p. 414 y ss.

²⁶⁷ “Il faut donc appliquer aux Nations les règles du Droit Naturel, pour découvrir quelles font leur obligations et quels font leur Droits; par conséquent le *Droit des Gens* n’est originaires autre chose, que le *Droit de la Nature appliqué aux Nations*”. Vattel, Emer de, *Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Volume I, Préliminaires, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, p. 3.

cogens,²⁶⁸ y el resultado fueron los artículos 53 y 64 que sin elaborar una lista de normas, sí dejan constancia de su existencia.

Por otro lado, las cortes regionales de derechos humanos, entre las que destaca la Interamericana, han decidido que varias de las violaciones graves a las convenciones regionales de protección de derechos humanos, constituyen violaciones al *ius cogens*.²⁶⁹ Y con base en esta actividad judicial, buena parte de activistas, defensores de derechos humanos y académicos han encontrado sugerente la idea de igualar las normas de derechos humanos al indefinido derecho imperativo internacional.

Por tal motivo, deben hacerse precisiones sobre la dificultad de aplicar una definición abstracta y abierta recogida en la CVDT en el discurso jurídico de los derechos humanos. La primera precisión es respecto del artículo 53 que, en principio, aparece como una causal de nulidad de los tratados internacionales, y no es, como sí lo son otras reglas consagradas en la misma Convención, parte del derecho codificado. Es mejor ubicar al *ius cogens* dentro del desarrollo progresivo del derecho internacional general. Visto desde la literalidad de la CVDT, las normas imperativas son tratadas del mismo modo que la violencia o el error, en tanto causales de nulidad de las normas convencionales, o incluso causal de terminación de la vigencia si aparece, de cualquier forma o por cualquier medio, otra norma con categoría *ius cogens*, según el artículo 64. Y precisamente para darle contenido a semejante fórmula acuñada en sendos artículos 53 y 64, ya citados, se designa a la CIJ, y se le otorga, de esa forma, una gran discrecionalidad de decidir sobre el derecho imperativo internacional.²⁷⁰

²⁶⁸ Cfr. Cassese, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 206 – 208.

²⁶⁹ Cfr. Sobre todo, Cañado Trindade, Antônio Augusto, *El Derecho Internacional de los derechos humanos...*, cit., pp. 416 y ss.; Corte IDH, caso Blake vs. Guatemala (Reparaciones), sentencia del 22 de enero de 1999, Voto Razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, párr. 40.; Corte IDH, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri, párr., 76; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, párr. 99; Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro y Castro vs. Perú, párr. 404; TEDH, *Al – Asdsani vs. United Kingdom*, Judgment of 21 noviembre 2001, párr. 53.

²⁷⁰ Ha sido la academia y representación francesas quienes han criticado con fuerza esta noción, por ejemplo: el *ius cogens* sólo puede ser producto de la costumbre internacional, pues la fórmula utilizada limita la voluntad contractual de los Estados. Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, cit., pp. 308 – 309.

Que el *ius cogens* emergente sea una causal de nulidad rompe toda la práctica de nulidad de un acto jurídico. De hecho, cuando un acto jurídico es declarado nulo, significa que al momento de su celebración o el sujeto era incapaz, o existían vicios en la manifestación de la voluntad, el objeto no era lícito o, por último, no se había realizado según la forma requerida. En contra de ello, el *ius cogens* emergente vuelve nulo un acto jurídico que al momento de su celebración no tenía problema con ninguno de los elementos de validez. Esto es una osadía del *ius cogens*. No sobra decir que, si se sigue la posición alemana del acto jurídico, el *ius cogens* se ubicaría dentro del objeto lícito; y la nulidad no necesariamente debe ser de todo el tratado, pues puede darse el caso en el que solamente una cláusula sea la contraria al *ius cogens*. Al final, el órgano judicial podría declarar nula solamente esa parte.

La segunda precisión debe abordarse desde la perspectiva de la jerarquía de normas en el derecho internacional pues parecería claro que al establecimiento de normas imperativas debe seguirle la ubicación de normas no imperativas, por debajo de las primeras. Se acerca así al concepto de normas absolutas en cuanto no admitirían restricciones de otras normas jurídicas internacionales, a menos, evidentemente, que se trate de una norma del mismo nivel. Sin embargo, hasta la fecha, parece mantenerse la postura que dentro del catálogo de fuentes del derecho internacional no existe jerarquía entre ellas, sino, en todo caso, una distinción entre fuentes primarias y fuentes secundarias, también llamadas auxiliares en la medida que ayudan al establecimiento de las primeras. Pero, los nuevos desarrollos en derecho internacional se dirigen hacia la idea de un núcleo de normas, no de las cuales derivaría la validez del sistema (como en el caso de una constitución en el derecho interno) sino, precisamente, causantes de una jerarquía de normas. Así, se abandonarían con cautela la característica de la horizontalidad del derecho internacional para acercarnos a la verticalidad donde, en los peldaños superiores podrían situarse al *ius cogens*, y apenas abajo, a las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas.²⁷¹

²⁷¹ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

Una tercera precisión puede hacerse respecto de quién es el órgano internacional autorizado para declarar que existe una norma con carácter imperativo. Si bien el artículo 66 deja que los Estados sometan el asunto a la jurisdicción de la Corte Internacional, en la práctica no ha habido un solo caso con este tipo de exigencia, y sí han existido pronunciamientos y alegaciones de las partes en las cortes regionales de derechos humanos. De cualquier forma, una afirmación puede hacerse en el sentido de ratificar que el *ius cogens* escapa, por completo, a la voluntad de los Estados, y sea quien determine qué es o no tal derecho, no serán solamente los Estados por unanimidad.

Sin embargo, de acuerdo a lo que acabamos de afirmar, la definición de *ius cogens* entraña en sí mismo una contradicción: puede ser impuesta en contra de la voluntad de los Estados, pero como condición de existencia, debe presentarse el consenso de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, sin saber qué es tal. Podría decirse que una resolución de la Asamblea General, por ejemplo, condenando los actos terroristas, tomada por unanimidad de los Miembros de la Organización de las Naciones Unidas es una decisión aceptada por la comunidad internacional de Estados; pero en este caso, tendríamos el inconveniente de que según la Carta de San Francisco esas resoluciones no son vinculantes.

Hasta aquí, una noción parece nítida: hay *ius cogens*, pero nadie sabe qué es con precisión, cómo puede formarse y quién debe establecerlo. La lista propuesta por la CDI incluye, como normas ejemplificativas, la prohibición del uso agresivo de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura,²⁷² los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de la discriminación racial y el apartheid, y la prohibición de las hostilidades contra la población civil.²⁷³ La dificultad radica en cómo quitar o agregar otras normas de derecho internacional a esta lista propuesta. “La Comisión ha declarado constantemente que no es la aceptación universal lo que eleva

²⁷² Respecto a la prohibición de la tortura, la CIJ ya tuvo oportunidad de confirmar su carácter *ius cogens*. Cfr. International Court of Justice, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July, 2012, p. 33, párr. 99.

²⁷³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, p.217.

una norma a una categoría de *jus cogens*, sino su contenido”,²⁷⁴ y agrega que tales obligaciones derivadas del derecho imperativo “surgen de aquellas normas sustantivas de conducta que prohíben lo que ha venido a considerarse intolerable por la amenaza que presenta a la supervivencia de los Estados y de sus pueblos y de los valores humanos más fundamentales.”²⁷⁵

Hay otra circunstancia que no es muy clara: cuando el artículo 53 define al *ius cogens* refiere una norma imperativa de derecho internacional general, sin embargo, las normas que reproduce la Comisión no son todas de derecho internacional general. Entendemos por derecho internacional general aquello que no es del dominio exclusivo de un régimen autónomo, sino aplicable en cualquier relación regulada por una norma internacional. Por ejemplo, la regla *pacta sunt servanda* no pierde nunca su vigencia, pues no importa si estamos en presencia de normas de derechos humanos, de comercio, de financiero o de penal: un tratado internacional en vigor para un Estado, debe ser cumplido.

La jurisprudencia internacional ha utilizado la noción de *ius cogens*, pero con dificultades. Incluso, la jurisprudencia nacional, por citar el caso Ferrini en la Corte de Casación italiana, que puso en confrontación la inmunidad jurisdiccional del Estado alemán frente a la obligación de reparar por violaciones a normas *ius cogens*, durante la ocupación italiana. El asunto quedó resuelto en febrero de 2012 y la CIJ hizo valer la regla consuetudinaria de la inmunidad jurisdiccional de los Estados,²⁷⁶ en beneficio de Alemania. Ciertamente había un prurito académico por conocer el fallo, debido a que el gobierno italiano, considerando la decisión de sus jueces internos, sostenía que había un conflicto entre el *ius cogens* que prohíbe la tortura y los trabajos forzados, y la inmunidad jurisdiccional. Por un lado, probó la existencia de la norma consuetudinaria sobre la inmunidad jurisdiccional, pero evitó el conflicto sobre el *ius cogens* al afirmar que no le

²⁷⁴ *Ibidem*, nota al pie no. 522, p. 218.

²⁷⁵ Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados, comentario al artículo 40, CDI, párr. 3.

²⁷⁶ El antecedente puede ser la decisión del TEDH, en donde hizo prevalecer la inmunidad de jurisdicción civil del Estado, frente a la comisión de actos de tortura, aunque en la sentencia reafirmó el carácter *ius cogens* de esta última prohibición. *Cfr.* Cour EDH, *Affaire Al-Adasani c. Royaume-Uni*, (Requête no 35763/97), Arrêt 21 novembre 2001, párr. 65.

tocaba a ella pronunciarse por la violación sobre la norma que prohíbe trabajos forzados durante el período de 1943 y 1945.²⁷⁷

En otra esquina de lo que se ha dicho aparecen las normas de derechos humanos y su carácter de universalidad, consagrado, incluso, en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, la violación de esas normas se hizo patente, a finales del siglo pasado en los conflictos armados de los Balcanes, o en territorios africanos, incluso, en las últimas dictaduras (y no sólo) americanas. Este carácter contradictorio de la universalidad con la violación atroz a derechos humanos, donde en ocasiones se inserta la noción *ius cogens*, incluso, hasta abusar de ella.²⁷⁸

Es por esa liga cada vez más frecuente entre el derecho imperativo o perentorio y los derechos humanos donde deben prenderse focos rojos. Primero, porque el *ius cogens* es el último recurso jurídico reconocido para que la estructura del derecho internacional, todavía basado preponderantemente en la voluntad de los Estados, tenga un argumento de peso y obligatoriedad. Más allá del *ius cogens* no hay derecho internacional. Podrán existir recursos políticos o de alta humanidad, pero no son jurídicos. El agotamiento o la insatisfacción del *ius cogens* puede dar lugar a la insuficiencia, absoluta, irremediable, del derecho internacional. Seguir este argumento tiene un carácter práctico: ninguna de las normas que pertenecen a tal categoría realmente se cumple en el mundo. Es decir, el estatus jurídico no basta para lograr erradicar la discriminación racial, la prohibición del uso de la fuerza, el genocidio, o la prohibición de la tortura. Hace falta, al lado del derecho, otras formas de convivencia y control sociales, o un replanteamiento del Estado en el derecho internacional.

Segundo, a pesar de la dificultad teórica y práctica en catalogar las normas imperativas, sí puede pensarse que algunas normas que protegen derechos humanos pueden adquirir tal categoría. O también, no todas las normas internacionales que

²⁷⁷“This argument therefore depends upon the existence of a conflict between a rule, or rules, of *jus cogens*, and the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another. In the opinion of the Court, however, no such conflict exists.” *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, I.C. J., Judgment 3 February 2012, párr. 92.

²⁷⁸ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public, cit.*, pp. 241 – 242.

protegen derechos humanos son *ius cogens*. Pero la puerta queda abierta, entonces, al establecimiento de una jerarquía entre derechos humanos. Situación que tampoco ha sido resuelta y sobre la que existen otros recursos teóricos como la ponderación, que supone, estar frente a derechos en la misma escala jerárquica.

Tercero, el *ius cogens* no es un dominio exclusivo del derecho internacional de los derechos humanos: también sería necesario incluir normas de derecho internacional humanitario o del derecho internacional general. Esto significa que la óptica del derecho inderogable debe respetar una visión amplia del derecho internacional general.

Cuarto, como hemos dicho, la fórmula de la Convención de Viena sobre *ius cogens* limita la voluntad estatal y, de otra forma, determina que tal categoría sólo puede presentarse en normas consuetudinarias. Pues bien, sería mejor decir, como lo afirmamos también en el apartado anterior, que las normas de derechos humanos son normas consuetudinarias, aun cuando no todas fueran *ius cogens*. La obligatoriedad de su cumplimiento derivaría de esta característica de *opinio iuris*, y no de la aceptación general en su conjunto que no admite acuerdo en contrario.

Es en esta última concepción de costumbre internacional donde puede aparecer la noción de obligaciones *erga omnes*. Éstas “designan el ámbito de aplicación del derecho pertinente y las consecuencias de procedimiento que derivan de esto”.²⁷⁹ De ahí, pueden desprenderse dos elementos fundamentales: 1) una obligación *erga omnes* se genera frente la comunidad internacional en su conjunto; y 2) todos los Estados, y mejor diremos sujetos, tienen derecho a invocar la responsabilidad del otro Estado en caso de infracción.²⁸⁰ Una norma que contemple obligaciones *erga omnes* no es jerárquicamente superior a otras normas, ni tampoco de igual jerarquía al *ius cogens* ni al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero, de otra forma, estas dos últimas categorías sí constituyen, evidentemente, obligaciones *erga omnes*.

²⁷⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, p. 222.

²⁸⁰ Cfr. Cour Internationale de Justice, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Arrêt du 20 juillet 2012, pp. 68 – 69.

La referencia obligada a este respecto es el pronunciamiento de la CIJ en el caso de la *Barcelona Traction*, donde se distingue entre el bilateralismo como fuente clásica de obligaciones y derechos, y el multilateralismo que, en última instancia, genera obligaciones frente al colectivo internacional²⁸¹ y en la que todos los sujetos tienen interés jurídico para exigir su cumplimiento. Con todo, la noción de *erga omnes* es todavía inacabada por las dificultades que genera.²⁸² Y si bien la Corte Internacional señaló como *erga omnes*, normas que también pueden ser consideradas *ius cogens* no todas aquéllas constituyen normas inderogables. Mejor, en la sentencia de julio de 2012, la CIJ sostuvo que hay obligaciones *erga omnes partes*, para justificar que cualquier Estado parte tiene un interés jurídico en velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado.

No resulta fácil hacer una ligadura sólida con los derechos humanos porque se suelen mezclar, casi involuntariamente, con pretensiones morales e incluso hasta buenos deseos.²⁸³ Para decirlo de forma precisa: no todas las normas que protegen al individuo son normas *ius cogens*; en cambio, sí generan obligaciones *erga omnes*. Aunque tampoco son sólo normas de derechos humanos las consideradas *erga omnes*, lo serían también las del derecho internacional humanitario o algunas del derecho del mar.²⁸⁴

Ahora bien, el párrafo anterior provoca, todavía, complicaciones en la práctica jurisdiccional respecto de si el interés jurídico puede ser alegado por un individuo frente a un Estado o frente a una organización internacional, o sólo sería litigios entre Estados. Respecto de éste último, ya los mecanismos regionales y universales de protección de los derechos humanos prevén la posibilidad de las denuncias y demandas interestatales, aun cuando no medie el ejercicio de la protección diplomática por el Estado actor. Sin embargo, los Estados, cautelosos en la medida que ellos mismos pueden ser objeto al día siguiente, de iguales o peores demandas, no han activado este mecanismo. En cambio,

²⁸¹ International Court of Justice, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* párr. 33.

²⁸² Cfr. Pisillo Mazzeschi, Riccardo, "Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", *RCADI*, Vol. 333, 2008, pp. 174-506.

²⁸³ Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Derecho de los Tratados*, México, Porrúa, 2010, pp. 159 – 161.

²⁸⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, p. 228.

podría pensarse en si la comunidad internacional en su conjunto no sólo está integrada por Estados, sino por individuos y organizaciones internacionales, que sean ellos mismos, sin la acreditación debida del interés jurídico o de la calidad probada de víctima, quienes puedan solicitar el cumplimiento de una obligación de tipo *erga omnes*. En cualquier caso, la dirección apunta, una vez más, a la función judicial.

2.3.4 LA IMPORTANCIA DEL *SOFT LAW* EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Hay una última desafortunada institución jurídica que debe estudiarse dentro del concepto general de normas que integran el régimen del derecho internacional de los derechos humanos: el *soft law*. Contrario a milenios de tradición jurídica, en donde el derecho está vinculado a la obligación de conducta, el derecho internacional le abrió la puerta a un mecanismo de apariencia de derecho, cuando en realidad no es derecho.

La frase empezó a ser utilizada por abogados estadounidenses y mostraba un conjunto de material jurídico, generalmente resoluciones de organismos internacionales, que a pesar de no ser vinculantes, simulan serlo. No sorprende entonces que, al ser Estados Unidos un gran promotor discursivo de los derechos humanos, pero fiel repulsor de las normas jurídicas que lo obligan a respetarlos y promoverlos, haya sido en ese país que se haya encontrado la fórmula cuasi jurídica para encontrar una obligación legal donde no hay derecho. El *soft law* o derecho suave no es derecho, y sin embargo, puede funcionar como si fuera derecho.²⁸⁵

El fenómeno se origina en el hecho de que los Estados han firmado varios instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se obligan a cumplir determinadas cláusulas, pero a los organismos creados como policías no les han dado la fuerza jurídica obligatoria para declarar responsabilidad internacional y posteriores reparaciones. Al mismo tiempo, la construcción jurídica del *soft law* necesita que los

²⁸⁵ Cfr. Fitzmaurice, Malgosia, "International Protection of the Environment", *RCADI*, Tome 293 (2001), Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 12–132.

propios Estados actúen, voluntariamente, como si estuvieran obligados por esas mismas resoluciones. El consenso estatal no les da fuerza jurídica a las resoluciones mas para hacer creer que son derecho, es necesaria la actuación de los Estados conforme a tales resoluciones.

Así, existe una doble contradicción: por un lado, no tiene naturaleza jurídica aquello que no es obligatorio; y por otro, la causa de la ausencia de obligatoriedad es producida, en todo caso, por la falta de voluntad de los Estados.²⁸⁶ La *lege ferenda* se distingue de la *lege data*, o del derecho puesto, porque aquellos constituye algo que puede ser, pero no es. El *soft law*, en realidad, es un producto de la reticencia estatal para otorgar fuerza jurídica a decisiones de organismos internacionales; es decir: han sido los propios Estados quienes se protegieron de acciones de los organismos internacionales limitándolos a actuar bajo el rubro de recomendaciones. Sin embargo, son ellos mismos quienes con el paso del tiempo realizan lo que indican esos organismos internacionales.

Entonces el panorama internacional es aterrador, circular y altamente contradictorio. Por si fuera poco, el discurso de los derechos humanos vuelve a empaparse de este material de importancia jurídica, pero no obligatorio, para exigir determinadas obligaciones que no siendo derecho, las hacen ver como tal. Si algún área del derecho internacional se ha nutrido del *soft law* ha sido precisamente, el derecho internacional de los derechos humanos. Lo que demuestra, sin duda, en contraposición con lo que sucede en comercio internacional, que el derecho sigue cumpliendo con su función instrumental de quien controla y ejerce el poder, y no para protección de los individuos y búsqueda de la cohesión social.

No todo es pesimismo. Las resoluciones internacionales de organismos *cuasi* jurisdiccionales como los comités de derechos humanos, o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mucho han contribuido a la construcción de

²⁸⁶ Finalmente, las organizaciones internacionales sólo tienen la competencia que le han querido dar los Estados, quienes las han creado. Cfr. Dupuy, René-Jean, "Etat et organisation internationale", en Dupuy, René-Jean, *Manuel sur les organisations internationales*, England, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 23.

una cultura internacional de los derechos humanos. Sus resoluciones no son estrictamente jurídicas, no obstante sí orientan el camino a seguir para la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Al final, los Estados actúan conforme a ellos, y con el tiempo puede nacer el sentimiento de lo obligatorio; de esa forma, se fortalecería la noción de costumbre internacional, y entonces sería un auténtico derecho.

Con esto último, lo que pretende decirse es que la actuación de las organizaciones internacionales, evidentemente, podrán contribuir a la formación de una costumbre internacional, con la precisión de que no toda actuación de tales organizaciones es costumbre o necesariamente llegará a serlo.

A propósito del cúmulo de resoluciones que pueden producir las organizaciones internacionales, se distinguió, por René Jean Dupuy, entre la “*coutume sage*” y la “*coutume sauvage*”.²⁸⁷ Aquella, propiciada por el desarrollo del derecho internacional acompañado de la conducta de los Estados; es decir, el nacimiento clásico de una costumbre internacional. En la otra, se presencia el nacimiento repentino de una idea, que incluso precede al hecho, pero que no termina por consolidar los elementos de la costumbre; es decir, estaríamos en presencia quizá de modas jurídicas, más que de formación consuetudinaria auténtica, en donde el peligro mayor sería, que aquello que no es derecho, se ostente como tal, pero que nunca llegue a serlo.

El *soft law*, en ocasiones, roza ligeramente o puede llegar a hacerlo, a la *coutume sauvage* sin que se produzca una seria consolidación del derecho consuetudinario.

Así, de todo el universo de actuaciones de las organizaciones internacionales, para que exista *soft law*, deben existir, al menos, 1) una resolución (recomendación)

²⁸⁷ Cfr. Dupuy, René Jean, “*Coutume sage et coutume sauvage*” en *Mélanges offerts à Charles Rousseau: la communauté internationale*, París, Éditions A. Pedone, 1974, pp. 75 - 87.

o decisiones no vinculantes de una organización internacional,²⁸⁸ y 2) las conductas de los Estados con base en esas resoluciones o decisiones. El llamado es real: no debemos confundir el discurso jurídico de los derechos humanos y aquellos que no siendo derecho puede ser deseado desde un discurso más cercano a la diplomacia o a la política, pero que nunca llegarán a ser derecho.

De cualquier forma, nociones como *ius cogens* o *soft law*, al lado de los actos unilaterales de los Estados, demuestran que hay nuevos modos de formación de derecho internacional, que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es evidentemente vetusto y obsoleto, y que al final, si alguna brújula debemos considerar es el respeto por los derechos humanos de la persona física.

2.4 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: SUS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La dimensión universal de los derechos humanos, plasmada en documentos internacionales, se ha visto superada por las organizaciones y tratados regionales que nacieron en Europa en 1950, en América en 1969 y en África en 1981. Anclados en el Consejo de Europa, en la Organización de Estados Americanos y en la Organización de la Unidad Africana (desde 2002 Unión Africana), son tres los sistemas regionales en el mundo de promoción y protección de los derechos humanos que cuentan con tratados de derechos humanos y cortes internacionales encargadas de su aplicación. En el caso americano y africano existen también sendas comisiones, que en Europa desapareció una vez puesto en vigor el Protocolo 11. Los tratados que forman el eje principal del funcionamiento de los sistemas son, respectivamente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950; la CADH, de 1969, firmada en San José de Costa Rica; y la

²⁸⁸ No existe consenso en la terminología utilizada para referirse a determinado tipo de actos de las organizaciones internacionales que constituyen material jurídico de consulta. Generalmente, el vocablo para referirse a esa gama de decisiones es el de resolución. Cfr. De Visscher, Paul, "Valeur et autorité des actes des organisations internationales" en Dupuy, René-Jean. *Manuel ... cit*, pp. 316 – 317.

Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada en Nairobi en 1981.

No obstante la existencia de tres cortes regionales de derechos humanos, en el desarrollo de este trabajo nos hemos referido (y lo seguiremos haciendo) solamente a los sistemas interamericano y europeo. La razón principal es que en los casos presentados al momento, vía demandas individuales, la Corte Africana se ha declarado incompetente para conocer pues los Estados demandados (Mozambique, Senegal y Algeria) no han aceptado la competencia contenciosa.²⁸⁹ En cambio, sólo en un caso ha existido un pronunciamiento respecto de una orden de medidas provisionales, solicitadas por la Comisión Africana, respecto de la extrema urgencia suscitada en Libia, donde la Corte se encontró competente.²⁹⁰

De esta forma, la limitación metodológica se justifica por la actividad judicial que ha existido en los otros dos sistemas regionales. En cualquier caso, aquí nos referimos a la existencia de órganos jurisdiccionales que producen en sus sentencias nuevas normas jurídicas, perfectamente vinculantes para los Estados, y que presentan, irremediablemente, un problema de definición de las cortes y su relación con los Estados miembros de los sistemas de protección de derechos humanos. Esto es así porque cada vez con mayor evidencia funcionan como una “cuarta instancia”, aun cuando ellos mismos insistan en negarlo, o en un tribunal de apelación.²⁹¹

²⁸⁹ Cfr. 15 de diciembre 2009, y 25 de marzo de 2011.

²⁹⁰ African Court on Human and People Rights, African Commission on Human and People Rights V. Libya, Application No. 002/2013..., 25 March 2011.

²⁹¹ En el caso europeo, el TEDH es cada vez más un tribunal constitucional europeo. Cfr. Cebada Romero, Alicia y Nickel Rainer, “El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia el protocolo 15?”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.), *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2009, p. 273. En el caso interamericano, para revisar la posición reciente del órgano jurisdiccional en donde niega ser una “cuarta instancia” puede verse Caso el Cabrera García y Montiel Flores. Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párrs. 19 – 21. Sin embargo, la postura de la Corte a favor del control de convencionalidad, que la ubica como última intérprete de la Convención Americana, no hace sino clarificar la jerarquía entre jueces internos y jueces internacionales respecto la interpretación del tratado internacional. Esto es un tribunal de alzada. O por otro lado, la forma de reparación demuestra también que

En este apartado revisaremos, *grosso modo*, el funcionamiento de las cortes regionales (europea y americana) y anotaremos las semejanzas y diferencias de esto que constituye el derecho internacional judicial de los derechos humanos.

2.4.1 EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONSEJO DE EUROPA

Las dos últimas grandes reformas en el Consejo de Europa han llegado de la mano de los protocolos 11 y 14 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que, sin tocar los catálogos de derechos y libertades, sí han incidido de gran manera en la estructura del órgano jurisdiccional. En el primero de ellos, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, se desató una de las más grandes reformas a la concepción del derecho judicial internacional, pues no sólo amplió el lugar del individuo en el proceso ante el TEDH, sino que su competencia dejó de ser facultativa para los Estados que manifestaban su consentimiento en obligarse al Convenio. El mecanismo judicial obligatorio y el acceso directo del individuo produjeron, en realidad, un nuevo órgano judicial de protección de los derechos humanos en Europa. Posteriormente a 1998, el cambio más importante en la estructura de la Corte, se ha dado con la inclusión del juez único, a partir de la entrada en vigor en junio de 2010 del Protocolo 14, después de la aprobación de Rusia, quien desde 2006 se había pronunciado en contra de manifestar su consentimiento. El objetivo principal es agilizar el funcionamiento del Tribunal frenado en buena medida por el mecanismo adoptado en 1994.

En efecto, la existencia del pleno *ius standi* en el Sistema Europeo, como una característica fundamental de toda su estructura, ha llegado a ser, por otro lado, un verdadero obstáculo a la justicia pronta. El mecanismo de las demandas individuales directamente interpuestas por un individuo (también, en términos del artículo 34 del Convenio Europeo, una organización no gubernamental y un grupo de particulares que se considera víctima podrán iniciarlas) abrió la puerta a una avalancha interminable de demandas que producen la gran paradoja sobre el cumplimiento de la justicia expedita en

su funcionamiento es similar al de una cuarta instancia. *Cfr.* Informe del Presidente de la Corte IDH, 2010, p. 55.

el sistema y la violación alegada al artículo 6 del Convenio, derecho al debido proceso. De ahí que, la entrada en vigor del Protocolo 14, aparece como la solución a uno de los principales problemas del Sistema Europeo de Derechos Humanos: la carga de trabajo.²⁹²

El advenimiento del juez único, con facultades discrecionales para resolver sobre la admisibilidad ha generado una buena cantidad de críticas, pero aparece, sin duda, como una salida razonable ante la circunstancia de atraso procesal. Las estadísticas en este rubro son alarmantes, con datos del sitio oficial de la Corte, al 30 de abril de 2013, son 124 900 demandas pendientes, de las cuales 52 850 se encuentran ante juez único.²⁹³

Actualmente, el TEDH funciona con juez único, con comités de tres jueces, con salas de 7 o con Gran Sala de 17 jueces. El pleno, sólo tiene facultades administrativas.²⁹⁴

Bajo el sistema de demandas individuales, el juez único sólo podrá decidir sobre la admisibilidad. En el caso de demandas interestatales resolverá un Sala, mientras que para emitir una opinión consultiva, sólo será competente la Gran Sala.

Una vez que el juez único resuelve sobre la admisibilidad, o también cuando no pueda hacerlo, remitirá la demanda al Comité, que resolverá sobre la admisibilidad no resuelta y sobre el fondo, siempre que exista una *jurisprudencia constante*²⁹⁵ o repetida del Tribunal; o a la Sala, que también resolverá sobre la admisibilidad, si ésta no ha sido resuelta, y sobre el fondo. Es en este punto del proceso donde se podrán crear nuevos

²⁹² “La necesidad de la reforma surgió como consecuencia del alargamiento del procedimiento de examen de las demandas, cuyo número se ha incrementado de forma sensible a partir de los años ochenta... En el mismo año de 1997, la Secretaría de la Comisión recibió más de 12.000 comunicaciones individuales.” Quesada Polo, Santiago. *La presentación de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Apuntes del I Máster en Protección de Derechos Humanos, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2004, pp. 12 – 13. También, Cebada Romero, Alicia y Nickel Rainer, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

²⁹³ http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2013_BIL.pdf Fecha de consulta: 10 de junio de 2013. En 2011, a un año de la entrada en vigor del Protocolo No. 14, había 152 800 demandas pendientes, de las cuales 96300 se encontraban ante el juez único.

²⁹⁴ Artículo 25. “El Tribunal, reunido en pleno: a) elegirá, por un período de tres años, a su Presidente y a uno o dos Vicepresidentes, que serán reelegibles; b) constituirá Salas por un período determinado; c) elegirá a los Presidentes de las Salas del Tribunal, que serán reelegibles; d) aprobará el Reglamento del Tribunal; e) elegirá al Secretario y a uno o varios Secretarios adjuntos; f) formulará cualquier solicitud con arreglo al artículo 26, párrafo 2.”

²⁹⁵ “Artículo 28. Competencia de los comités... b. declararla admisible y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal.”

criterios jurisprudenciales. Hoy por hoy, la sentencias de las Salas (y por supuesto aquellas de la Gran Sala, son las más importantes de todo el TEDH).

La Gran Sala puede conocer, bajo el sistema de demandas individuales, gracias a la inhibición de una Sala en donde advierta de la importancia de una interpretación grave del Convenio o de sus Protocolos, o si también pudiera adelantarse una posible contradicción con una sentencia anterior de la propia Corte. En este caso, cualquiera de las partes en el proceso puede oponerse. Por otro lado, la Gran Sala también podrá conocer de la remisión de un asunto, ya resuelto por la Sala, si es voluntad de cualquiera de las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia de la Sala. Aquí, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala resolverá, dado que se trata de una remisión excepcional, en términos del artículo 43, si la demanda plantea “una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.”

Este funcionamiento actual y complejo del TEDH no ha permitido un desahogo real de trabajo, que beneficie a los demandantes, no sólo en el acceso a la justicia sino también en la solución pronta de los casos. El Protocolo 14 ha entrado en vigor y ya es insuficiente. Sería buen momento para que los europeos, además de los vínculos que pueden plantearse entre las cortes de Luxemburgo y Estrasburgo,²⁹⁶ piensen en el Protocolo 15.²⁹⁷

Destaca, por otro lado, que las partes puedan remitir el asunto para conocimiento de la Gran Sala, una vez que la Sala haya dictado sentencia. Este procedimiento es una excepción a la regla de que en el derecho internacional no existen recursos, salvo el de

²⁹⁶ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión se adherirá al Convenio Europeo, siendo así, una parte más del tratado y, sin duda, se amplía el ámbito de validez de la protección y justiciabilidad de los derechos y libertades consagrados en el Convenio y sus Protocolos. El artículo 6.2 afirma: “2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.”

²⁹⁷ Quien ha propuesto la idea posible de un nuevo protocolo, no lo es pensando solamente en un crecimiento de los jueces, o un nuevo mecanismo procesal de solución de las controversias, sino algo más de fondo: redefinir el papel del TEDH, en el desarrollo actual de la protección de los derechos humanos en Europa. Evidentemente, la tarea no es sencilla. *Cfr.* Cebada Romero, Alicia y Nickel, Rainer, *op. cit.*, pp. 273 – 274.

interpretación de la sentencia; que como bien se sabe, no es un recurso en sentido procesal, porque no combate el fondo de la controversia, sino solamente solicita la claridad del sentido de la sentencia.

Al final, los 47 jueces del órgano jurisdiccional europeo tienen un gran reto con la protección de los derechos humanos, de tal forma que una definición de su función, sin duda contribuiría a evitar el colapso que muchos ya presumen.

2.4.2 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

A diferencia del TEDH, la Corte Interamericana no sufre hoy de grandes rezagos procesales e incluso ha superado por mucho el tiempo de resolución de los casos que conoce,²⁹⁸ no obstante durante 2010 recibió 16 casos contenciosos, el mayor número de demandas recibidas desde su origen.²⁹⁹ Sin embargo, debe considerarse que la carga mayor y el correspondiente rezago son trasladados a la Comisión Interamericana, pues todavía es facultad de ella (y de los Estados) someter al conocimiento del órgano jurisdiccional la posible violación de derechos humanos.

Así, la Corte IDH, conformada por 7 jueces nacionales de los Estados de la Organización de Estados Americanos, tiene como función principal “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”.³⁰⁰ Sin embargo, solamente podrá llegar un asunto contencioso cuando los Estados hayan reconocido o reconozcan tal competencia. Si bien la mayoría de los casos que la Corte ha resuelto versan sobre violaciones al Pacto de San José, existen otros instrumentos interamericanos que le otorgan competencia expresa, siempre facultativa, para conocer de violaciones a derechos no contemplados en el tratado original. Por ejemplo, el Protocolo de San Salvador, respecto de los artículos 8, a) y

²⁹⁸ El secretario general de la OEA, afirmó que: “El Tribunal ha dado pasos exitosos para reducir los períodos de duración de los casos que se encuentran ante ella. El promedio de duración del procedimiento de un caso contencioso ante la Corte entre los años 2006 a 2010 ha sido de 17,4 meses.” Informe del Secretario General 2010,

²⁹⁹ Cfr. Informe del Presidente de la Corte IDH 2010, p. 8.

³⁰⁰ Artículo 62, 3. CADH.

13, o el artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, le otorgan jurisdicción contenciosa a la Corte Interamericana, siempre que se siga el procedimiento previo ante la Comisión.³⁰¹

No podría pasarse al estudio estrictamente jurídico del desempeño de la Corte Interamericana sin decir que a pesar del crecimiento en los casos contenciosos que resuelve, y el tiempo en el que lo hace, sus problemas económicos continúan. El presupuesto de la Corte Interamericana apenas es cubierto al 53% por el dinero otorgado, mientras que el resto es producto de aportaciones voluntarias de Estados (entre ellos México) y organizaciones internacionales, además de convenios firmados por la propia Corte.³⁰² Dicho así, no puede pensarse en un crecimiento estructural hasta satisfacer las demandas presupuestales. No puede pensarse en el acceso directo del individuo al tribunal, ni en un tribunal que sesione permanentemente, ni en un incremento de jueces (que además es honorífico) que permitiera un desarrollo sólido de la jurisdicción internacional de los derechos humanos en América. En este aspecto, falta todavía mucho por construir.

2.4.3 LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS: UN ANÁLISIS COMPARADO. INTEGRACIÓN Y COOPERACIÓN.

Puede caerse fácilmente en la tentación de comparar los sistemas regionales, sobre todo para reafirmar el rumbo del interamericano y considerar como avanzado al europeo. De esa forma, la Organización de Estados Americanos, y sus instituciones, tendrían el camino resuelto, pues no habría que hacer más sino copiar el modelo europeo de cooperación, protección y defensa de los derechos humanos.

³⁰¹ Ha producido debate, y será objeto de un análisis posterior en el desarrollo de este trabajo, la atribución de competencia que la Corte Interamericana tuvo para interpretar y declarar violaciones a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, pues, efectivamente el artículo 11 le otorga competencia consultiva de forma expresa, no así el artículo 12 que remite al procedimiento ante la Comisión. Será a través de ejercicios de interpretación que la Corte se declarará competente, por ejemplo, en el caso del Campo Algodonero. *Cfr.* Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párrs. 35 – 77.

³⁰² *Cfr.* Informe del Presidente de la Corte IDH, 2010, pp. 19 – 21.

Sin embargo, las diferencias no son aleatorias. Un ejercicio no razonado de reproducir mecanismos e instituciones europeas en territorio americano, no sólo traería los mismos errores, sino muchos otros que aun no conocemos. En todo caso, se presentan aquí las diferencias, a veces abismales, no para concluir un nivel superior de alguno de los sistemas, sino sobre todo, para entenderlas.

La principal distinción, además de las estrictamente procesales que son las que se detallan en seguida, es que estamos frente a voluntades estatales distintas. Por un lado, la ilusión del panamericanismo no prosperó en la OEA aun cuando existe una larga tradición latinoamericana, primera en el mundo, de formar un bloque continental común. El auténtico deseo de un *ius commune* había nacido primero en América, pero se configuró en Europa. Una revisión minuciosa a la Carta de Bogotá de 1948 demostrará cómo la organización regional, primera en su tipo, no tiene fines de integración sino de cooperación. Es más, de forma expresa dice el artículo 1, párrafo 2, “La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.” La prohibición es absoluta: los Estados americanos son independientes y no crearon en la OEA una organización de integración. Tampoco lo son los órganos que dependen de ella.

La Segunda Guerra propició en Europa una visión diferente, y en el párrafo 3 del Preámbulo del Convenio Europeo se lee uno de los objetivos fundamentales: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;” lo que convierte al Consejo de Europa en una organización de

cooperación internacional pero también con la intención de formar una unión más estrecha entre sus miembros en materia de derechos humanos.³⁰³

La Convención Americana y el Convenio Europeo nacieron en condiciones distintas y con objetos distintos, de ahí que un acercamiento a las semejanzas y a sus diferencias deben ser vistas bajo esta visión. Las consecuencias que esto produce no son pocas, pues en América se siguió un modelo de cooperación internacional, regido bajo los principios de solidaridad y buena vecindad; en Europa sí hay un deseo de integración. Así, por ejemplo, la interpretación de los tratados internacionales, aun cuando tenga una redacción parecida no puede ser la misma, pues el objeto y fin del tratado es distinto.

2.4.3.1 JURISDICCIÓN CONTENCIOSA: ¿FACULTATIVA U OBLIGATORIA?

De entre las diferencias advertidas, la que mayor desilusión genera, es que se alegue, todavía, la incompetencia de alguna corte por ausencia del reconocimiento de su jurisdicción. En los casos africanos ya mencionados, la Corte Africana no ha podido entrar al fondo del asunto porque precisamente los que figuraban como Estados demandados no habían aceptado su jurisdicción contenciosa. En el caso interamericano, tan solo son veintiuno de treinta y cuatro Estados miembros de la OEA (todavía se cuenta aquí a Venezuela, no obstante en septiembre de 2013 surtirá efectos su denuncia), han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana. Lo que significa que, no obstante los logros en la construcción de tratados internacionales y, por tanto, la creación de obligaciones internacionales para los Estados, no hay un procedimiento jurídico internacional para exigir las, frente a un órgano jurisdiccional.

Sí lo anterior es así, el derecho internacional sigue la suerte de un sistema jurídico frenado por la voluntad estatal. Es absurda la doble moral del discurso de los derechos humanos de los jefes de Estado, que se niegan a ser juzgados por un

³⁰³ García Roca, Javier, “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo” en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 37 – 41.

tribunal internacional, mientras que en la palestra confirman su voluntad de conducirse de acuerdo a las normas internacionales.

En esto, el Protocolo no. 11 al Convenio Europeo, trajo la jurisdicción obligatoria respecto de aquellos Estados que manifiestan su voluntad en obligarse al Convenio. De ahí, el TEDH se erige como el único órgano jurisdiccional internacional, en materia de derechos humanos, con jurisdicción obligatoria. Que así sea, no disminuye en ningún grado el carácter subsidiario que guardan los sistemas regionales, ni tampoco, por ejemplo, termina con el principio del previo agotamiento de recursos internos.

Enmendado entonces el antiguo artículo 25 del Convenio Europeo que exigía la aceptación estatal, quedan los artículos 32 y siguientes que otorgan facultad amplia a la Corte para interpretar el Convenio y sus Protocolos. Queda incluso fuera la fórmula de aceptación de la jurisdicción del tribunal mediante acuerdo de reciprocidad, pues, incluso en demandas interestatales, el Tribunal es competente sin que medie la aceptación facultativa de alguno de los Estados.

Sin duda sí es este un logro fundamental en la jurisdicción internacional, a la cual podrían seguir no sólo los otros sistemas regionales, sino todos los tribunales internacionales.³⁰⁴

2.4.3.2 ACCESO AL TRIBUNAL. *LOCUS STANDI* Y *IUS STANDI*.

Entre los mayores argumentos que justifican la subjetividad del individuo a nivel internacional está el acceso directo que pueda tener frente un tribunal para exigir

³⁰⁴ Como ya ha quedado dicho, el sistema de solución de controversias de la OMC, así como la solución jurisdiccional que contempla la Convención de Montego Bay, sobre Derecho del Mar, son también obligatorias y no facultativas, pero en estricto sentido, no comportan la misma idea del TEDH, pues mientras que en la OMC refiere un sistema de solución propio de tal Organización (que no necesariamente incluye al tribunal permanente) en Derecho del Mar los Estados podrán acudir a la CIJ, al Tribunal Internacional del Mar o a un arbitraje, pero la solución jurisdiccional es obligatoria.

sus derechos frente a un Estado.³⁰⁵ La “concepción positivista” del derecho internacional alcanzó también a los procesos jurisdiccionales internacionales y negó, porque el derecho internacional era sólo un derecho entre Estados, la participación del individuo en las relaciones internacionales. Ha sido el derecho internacional de los derechos humanos quien, no sólo al plasmar derechos de los individuos en normas internacionales, le ha otorgado un lugar especial al permitirle comparecer directamente frente a un tribunal.

En la práctica anterior, todavía en uso frente a la CIJ o tribunales arbitrales, el individuo sólo podía ser representado por su Estado nacional en litigios internacionales. Así, el individuo no comparecía frente al tribunal aun cuando tenía un interés directo.

Ahora bien, sí hay rasgos de una participación directa del individuo en Convención Mixta de Reclamaciones Anglo-Americana celebrada el 8 de febrero de 1853,³⁰⁶ luego en el artículo 4 del XII Convenio de la Haya de 1907 y en los tribunales arbitrales mixtos de 1919 contemplados en el Tratado de Versalles,³⁰⁷ pero en todos

³⁰⁵ Cfr. Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1961, pp. 209 – 212.

³⁰⁶ Cfr. Comisión Mixta “Article 1: The high contracting parties agree that all claims on the part of corporations, companies, or privates individuals, citizens of the United States upon the Governmet of Her Britannic Majety, and all claims on the part of corporations, companies or privates individuals, subjets of Her Britannic Majety, upon the Government of Unitated States, which may have been presented to ehther Government for its interposition with the other since the signature of the treaty of peace and friendship concluded between the Unitated Stated of America and Great Britain...” Anglo-American Claim Convention concluded February 8, 1853, en Malloy, William M., *Treaties Conventions International Acts Protocols and Agreement Between tha Unitated Stated and Other Powers 1776-1909*, Vol. I, Government printing, Washington, 1910, pp. 664-668.

³⁰⁷ Incluso antes del Protocolo no. 11 al Convenio de Roma, ya se podía advertir una ligera exigencia jurisdiccional en el Tratado de Versalles en el artículo 297 (e) “The question of private property, rights and interests in an enemy country shall be settled according to the principles laid down in this Section and to the provisions of the Annex hereto. ... (e) The nationals of Allied and Associated Powers shall be entitled to compensation in respect of damage or injury inflicted upon their property, rights or interests, including any company or association in which they are interested, in German territory as it existed on August 1, 1914, by the application either of the exceptional war measures or measures of transfer mentioned in paragraphs 1 and 3 of the Annex hereto. The claims made in this respect by such nationals shall be investigated, and the total of the compensation shall be determined by the Mixed Arbitral Tribunal provided for in Section VI or by an Arbitrator appointed by that Tribunal. This compensation shall be borne by Germany, and may be charged upon the property of German nationals within the territory or under the control of the claimant's State. This property may be constituted as a pledge for enemy liabilities under the conditions fixed by

los casos, el derecho internacional no prescribía derechos al individuo, sino que eran una continuación de aquellos derechos que le eran otorgados por el derecho interno.³⁰⁸ Es decir, el individuo, por sí o a través de su Estado, exigía a nivel internacional un derecho que se encontraba en el ámbito interno. El derecho internacional de los derechos humanos, principalmente le ha proporcionado una dimensión distinta, pues los derechos de los individuos se encuentran plasmados en normas internacionales. El siguiente paso era permitir que tales derechos pudieran ser exigidos directamente ante tribunales internacionales.

La concepción del *ius standi*, contemplada en el Convenio Europeo ha permitido el fortalecimiento de una personalidad jurídica activa del individuo en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Así, la capacidad procesal para activar al órgano jurisdiccional europeo recae en el individuo, una vez desaparecida la Comisión Europea, y siempre que hablemos de peticiones individuales.

En el ámbito interamericano no ha sucedido lo mismo. En primer lugar, los Estados no han demostrado tener voluntad política de transformar el sistema actual a través de una enmienda a la Convención o la elaboración de un protocolo adicional que modifique la estructura y el procedimiento. Ha sido la propia Corte Interamericana, quien a base de reformas constantes a su Reglamento le ha dado un papel cada vez más sólido al individuo en el proceso frente a ella.

El *locus standi* actual del individuo, una vez iniciado el proceso ya por la Comisión, ya por el Estado, le otorga un rol inusitado. Dice el artículo 25 del Reglamento de la Corte Interamericana: “1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo

paragraph 4 of the Annex hereto. The payment of this compensation may be made by the Allied or Associated State, and the amount will be debited to Germany”. Cfr. Bevens, Charles I., ed., *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, Vol. II, Washington, Department of State Publications, 1968, pp. 182 – 184.

³⁰⁸ Cfr. Lauterpacht, Hersch, *International Law*, Volume I, Cambridge, 1970, pp. 141 y ss.

el proceso.” No obstante, con las últimas reformas, el Informe de la Comisión hace las veces de demanda, la presunta víctima o su representante tienen libertad para participar en el proceso, como parte auténtica. Si bien este mecanismo frena la cascada de demandas que podrían advertirse si se abre toda la puerta de ingreso al sistema, no cabe duda que la participación actual permite una reafirmación del principal actor del derecho: el individuo.

El *ius standi* y el *locus standi* logrados dentro del derecho internacional de los derechos humanos son, en buena medida, el mayor esfuerzo de rescatar al individuo del exilio en el que se encontraba en la sociedad internacional en la que dominaban los Estados.³⁰⁹

Hace falta por estudiar y analizar con mayor detalle qué puede hacerse con ese cúmulo de trabajo con el que cuenta el Tribunal Europeo, o cómo podría rebasarse hasta el ahogamiento al sistema interamericano de aceptarse un mecanismo similar al europeo. No parece que tengamos las bases, teóricas ni práctica, para echar a andar un proyecto de tal magnitud.

2.4.3.3 REPARACIONES.

Toda violación a una norma de carácter internacional comporta un deber de reparación.³¹⁰ El deber de reparación no constituye un elemento de la responsabilidad internacional sino consecuencia de ella.

Dentro del marco jurídico que regula las relaciones internacionales, la noción de responsabilidad internacional comprende la relación jurídica producida por el

³⁰⁹ Ha sido Dupuy quien se refirió al “exilio del individuo del derecho internacional público”. Cfr. Dupuy, René-Jean. *Le droit international*, París, Presses universitaires de France, 1963, pp. 32, 85 – 90.

³¹⁰ En la doctrina clásica puede verse a Anzilotti: “Al fatto illecito, cioè, in generale parlando, alla violazione di un dovere internazionale, si collega così il sorgere di un nuovo rapporto giuridico, tra lo Stato al quale è imputabile il fatto di cui si tratta, che è tenuto alla riparazione, e lo Stato verso cui sussisteva il dovere inadempito, che può esigere la riparazione.” Anzilotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 385. Cfr. Iovane, Massimo, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, pp. 16 y ss.; En la jurisprudencia de la Corte Permanente, el primero de todos, Cour Permanente de Justice Internationale, *Affaire relative a l'Usine de Chorzów*, (Fond), Le 13 septembre 1928, Serie A, no. 17, pp. 27.

incumplimiento de una obligación consagrada en normas internacionales. La manera en cómo se debe fijar la nueva relación y cuáles son las consecuencias precisas del incumplimiento de la norma todavía no han sido debidamente puestas en un tratado que se encuentre en vigor; por tanto debe buscarse en la práctica estatal, o sea, en la norma consuetudinaria, el fundamento de su existencia, así como en la manera en la que la han entendido las cortes internacionales.

En el estudio de la responsabilidad internacional estatal debe separarse con precisión los conceptos de hecho internacionalmente ilícito, obligación internacional, imputación estatal, responsabilidad internacional y deber de reparación, y en este marco,³¹¹ el trabajo más acabado consiste en el *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, realizado por la CDI, y que incluye más de cuarenta años de trabajo de juristas como el cubano García Amador, los italianos Roberto Ago y Gaetano Arangio-Ruiz, el holandés Riphagen y el último, el australiano, James Crawford. El Proyecto de artículos codifica algunas normas internacionales y da cuenta del desarrollo progresivo del propio derecho internacional.

Aun cuando el Proyecto fue enviado en el 2001 a la Asamblea General para su adopción todavía no ha sido debidamente aprobado; en cambio, jurisprudencialmente ha quedado probado su valor como norma consuetudinaria y es referencia obligada cuando se trata de atribuirle una conducta al Estado que infringe sus obligaciones internacionales.³¹²

³¹¹ Existe también, de reciente creación, un nuevo proyecto de artículo sobre responsabilidad de organizaciones internacionales: Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*. 2011. El Proyecto fue publicado en el *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II (2).

³¹² Así, por ejemplo, la CIJ ha hecho referencia al Proyecto de Artículos en: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, párrs. 385–407; *Cour Internationale de Justice, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, Arrêt du 3 février 2012, párr. 137; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1. C. J. Reports 1997, párr. 47 (aún cuando en este último caso, el Proyecto que se cita es anterior a la versión final de 2001), entre otros.

De acuerdo a los mencionados Artículos, todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera responsabilidad internacional.³¹³ Ahora bien, para que una conducta estatal, sea de acción o de omisión, pueda considerarse como hecho internacionalmente ilícito debe, en virtud del artículo 2, poseer dos elementos esenciales:

- 1) que sea atribuible al Estado de conformidad con el Derecho Internacional (elemento subjetivo) y;
- 2) que se traduzca en una violación a una obligación internacional del Estado en cuestión (elemento objetivo).³¹⁴

Como se advierte, no hace falta tener la intención de cometer una conducta ilícita internacional, ni que pueda acreditarse un daño para la existencia del hecho que luego producirá la responsabilidad internacional.³¹⁵ Esto significa que en el derecho internacional la responsabilidad existe por la comisión del hecho ilícito con independencia de dolo estatal.

Antes de que se comprueben los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito (atribución al Estado y violación a una obligación internacional), resulta indispensable estar frente a una conducta del Estado. La CDI no la ha planteado estrictamente como un elemento del hecho ilícito y, sin embargo, su existencia es indiscutible como una condición de la infracción a la obligación internacional.

Dado que la conducta referida puede ser de acción o de omisión vale recordar que, las normas jurídicas, consuetudinarias o convencionales, imponen obligaciones a los Estados de hacer o no hacer. De ahí que la conducta estatal pueda estar referida por acciones u omisiones.

³¹³ "Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State", International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001.

³¹⁴ Cfr. Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 338 y ss. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, cit., pp. 492 y ss; Scovazzi, Tullio, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

³¹⁵ Malcolm Shaw, entre otros, da cuenta de la existencia de teorías encontradas respecto al elemento de la culpa o intencionalidad como constitutivo de la responsabilidad internacional. Cfr. Shaw, Malcom, *op. cit.*, p. 698.

Ahora bien, los efectos producidos por la responsabilidad internacional derivada de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito están íntimamente ligados a la reparación, y al conjunto de deberes que un Estado adquiere frente a los otros sujetos “perjudicados” por la violación a una norma internacional.

La primera consecuencia de la responsabilidad internacional es la cesación del hecho internacionalmente ilícito. Esta obligación se presenta sólo cuando se trata de un acto continuo, es decir, aquél cuyos efectos se prolongan en el tiempo. En el caso *Rainbow Warrior*,³¹⁶ el tribunal arbitral estableció el criterio que para ordenar la cesación del acto, éste debe ser continuo y la norma violada debe encontrarse en vigor al momento de la orden de cesación.

Aunado a ello se encuentra el deber de ofrecer garantías y seguridades de no repetición del hecho ilícito, así como el deber de reparación. En estricto apego al Proyecto de Artículos, diremos que el Estado que viola la norma tiene el deber ineludible de reparar el daño, material o moral. Y que para hacerlo, existen tres formas clásicas de reparación: la restitución, la compensación o indemnización y la satisfacción. La restitución tiene como finalidad restablecer la situación que existía previamente a la comisión del hecho internacionalmente ilícito, siempre que ello no sea materialmente imposible y que no implique una carga desproporcionada en relación con el beneficio que produciría tal restitución en lugar de la indemnización. La indemnización, en cambio, es un deber del Estado responsable en la medida en que la restitución no haya reparado el daño y se aplica para todos los daños que sean susceptibles de valoración financiera, con inclusión del lucro cesante. De igual manera, el Estado estará obligado a la satisfacción en cuanto no se haya podido aplicar la restitución ni la indemnización. La CDI cita como ejemplos de satisfacción el reconocimiento de la violación y las disculpas formales, entre otras, en tanto no

³¹⁶ Cfr. Arbitral Tribunal, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, 30 April 1990, Volume XX, Reports of International Arbitral Awards, Naciones Unidas, 2006, párrs. 102 – 106. La presidencia del órgano arbitral recayó en Eduardo Jiménez de Aréchaga.

traigan consigo la humillación del Estado responsable y no sean desproporcionadas con respecto al daño generado.

En cualquier caso, el daño y la reparación no son elementos definitorios de la responsabilidad, son, en cambio, consecuencias ineludibles de la misma. Esto significa que no hace falta acreditar un daño para que se configure el hecho ilícito y la consecuente responsabilidad. El daño es fundamental para establecer el deber de reparación y evitar que se otorgue una carga desproporcionada al estado infractor.

De esta forma, el derecho internacional, basado en una institución del derecho romano, entiende que la violación a una de las normas que lo componen genera una obligación de restituir el daño causado.

Estos criterios, que han sido reiterados en el derecho internacional general, pueden aplicarse en el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, toda violación estatal a una norma de carácter internacional que protege derechos humanos genera responsabilidad internacional; y por tanto, la obligación de reparar.

Si se siguen las líneas generales del establecimiento de la responsabilidad internacional no hace falta acreditar el daño para sostener que un Estado es responsable por la violación a normas internacionales de derechos humanos. Dicho todavía con mayor precisión: la violación a la CADH determina la responsabilidad internacional de los Estados. Pero una vez establecida, los tratados regionales de derechos humanos, siguen caminos distintos:³¹⁷ mientras que en el sistema interamericano la Corte IDH tiene competencia clara para fijar la reparación correspondiente, en el sistema europeo, la Corte sólo establece la violación al

³¹⁷ Que la TEDH encuentre limitaciones en sus formas de reparación obedece a la misma limitación estructural con la que nació, es decir, sin ser un tribunal constitucional. *Cfr. García Roca, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas – Thompson Reuters, 2010, p. 74.

Convenio, y la obligación de reparación, sin establecer el modo necesario para conseguirlo.³¹⁸

En efecto, mientras el artículo 63.1 del convenio interamericano le confiere a la Corte IDH facultades de disposición de garantía de goce del derecho o libertad conculcados, y reparación de las consecuencias producidas por la violación, además de la determinación de una justa indemnización a la Corte Interamericana, el artículo 41 del Convenio Europeo otorga la facultad al órgano jurisdiccional de, si así procede, conceder una satisfacción equitativa. Esta diferencia de procedimientos en la forma de reparar violaciones a derechos humanos ha permitido que la Corte Interamericana sea referencia obligada. No hay en el mundo un tribunal internacional que repare de la manera que lo hace el tribunal interamericano. Debe tomarse en cuenta que las violaciones no son iguales: mientras el órgano judicial interamericano ha insistido sobre temas de desapariciones forzadas, en el caso europeo la gama de violaciones es amplísima.

Lo cierto es que la Corte Interamericana ha ido mucho más allá de lo que el texto de la Convención Americana le autoriza pues, en los casos de garantía de un derecho al lesionado, o de reparación de las consecuencias, o de establecer una justa indemnización, la lógica de la controversia es determinada por el camino de las peticiones individuales; es decir, la víctima frente al Estado, que viola derechos humanos. En otro sentido, dado que la violación de la Convención se realiza en perjuicio de una persona, o grupo de personas, la reparación, según el texto 63.1,

³¹⁸ En el Caso Konstantin Markin, la Sala declaró que sería deseable que Rusia adoptara medidas de observación general para corregir la violación por tratamiento diferenciado en razón de sexo. El gobierno ruso, en apelación ante la Gran Sala, sostuvo que la Sala había excedido sus funciones pues no le pertenecía hacer pronunciamientos en abstracto sobre la compatibilidad de una norma con la Convención y menos aún ordenar suprimirlas. Ante esto, la sentencia de la Gran Sala no realiza un pronunciamiento. *Cfr.* CEDH, *Affaire Konstantin Markin c. Russie*, Première Section, Arrêt de 7 octobre, 2010, pp. 18 – 20, párrs. 64 – 67; CEDH, *Affaire Konstantin Markin c. Russie*, Grande Chambre, Arrêt de 22 mars, 2012, p. 35, párr. 118. Y sobre las reparaciones en el TEDH, puede verse: Cohen – Jonathan, Gérard y Flauss, Jean-François, “Cour européenne des droits de l’homme et droit international general”, *Annuaire français de droit international*, XLVIII, 2002, París, pp. 675 – 693.

debe ser encaminada hacia esa víctima o víctimas, o en todo caso, en ausencia de ellas, a quienes por derecho les corresponda

No se contempla la noción de reparaciones colectivas (o con efectos colectivos), sencillamente porque no se deciden casos colectivos, sino respecto de una situación específica.³¹⁹ O también, no se establecen reparaciones colectivas porque la Convención no previó que las normas internacionales de derechos humanos crean obligaciones *erga omnes*. De esa forma, todos estaríamos interesados en su cumplimiento, y en la reparación de la consecuencia. Esta puede ser una salida teórica que la Corte IDH debe explorar para mejor justificar sus decisiones desde el ámbito de las reparaciones.

Esto que afirmamos no quiere decir que las obligaciones contraídas en virtud de la CADH no hayan alcanzado esa categoría, sino que el proceso desarrollado ante la Corte Interamericana tampoco no ha aportado razones para sostenerlo. Aquí, por tanto, debe señalarse una incongruencia entre la doctrina de la reparación, el texto de la Convención, y la práctica de la Corte Interamericana.

Baste por ahora dejar constancia de los caminos diferentes en los sistemas regionales. Sobre el tema de la reparación volveremos en el cuarto capítulo al desarrollar el control de convencionalidad como forma, precisamente, de reparación a la violación del artículo 2 de la Convención Americana.

2.4.3.4 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

Hay una última diferencia entre los sistemas regionales que ubican en mejor posición a la Corte Interamericana respecto de su correspondiente europea: la ejecución de

³¹⁹ No obstante, en atención a que hay normas internacionales que reconocen como sujetos a los pueblos y comunidades indígenas, la Corte IDH sostuvo en sentencia del 27 de junio de 2012, "... que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, ..." [Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245](#), párr. 231. Esa dimensión colectiva ofrecerá nuevas consideraciones en el desarrollo jurisprudencial latinoamericano.

sentencias. En ambos casos, las sentencias con vinculantes y deben ser motivadas;³²⁰ y si bien el sistema interamericano son definitivas e inapelables,³²¹ en el sistema europeo se contempla un mecanismo de apelación.

Respecto de la ejecución de las mismas, no obstante con la entrada en vigor de los Protocolos 11 y 14 que han modificado la estructura del sistema en general (con la desaparición la Comisión Europea), y del tribunal en particular, el Comité de Ministros, órgano político, mantiene sus facultades de ejecución de las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional.³²²

El asunto ya resuelto en definitiva por el tribunal sólo puede volver a él si existe duda sobre el alcance de la sentencia (interpretación), o si existe negativa de una Alta Parte Contratante para cumplirla. Resuelto el alcance, o probada la negativa al incumplimiento de la sentencia, el asunto volverá al Comité de Ministros “para que examine las medidas que sea preciso adoptar”.³²³

En cambio, la fórmula sobre ejecución de sentencias adoptada en el Sistema Interamericano genera un procedimiento de supervisión por el propio órgano jurisdiccional, quien en última instancia podrá, según los artículos 65 de la Convención, y 69 del Reglamento, solicitar informes a los Estados sobre el cumplimiento de la sentencia, y hacerlo público en el informe anual que rinde ante la Asamblea General de la OEA.

El matiz entre ambos sistemas no es menor, pues será un órgano político o jurídico quien supervise el cumplimiento e inste a la ejecución de una sentencia. Eso le permite al sistema interamericano tener un acercamiento entre los Estados y el órgano jurisdiccional más allá de la resolución del caso. En cualquier caso, el cumplimiento de la sentencia depende de la buena fe de los Estados.

³²⁰ Cfr. Artículo 66 de la CADH y artículo 45 del CEDH.

³²¹ Cfr. Artículo 67 de la CADH

³²² Cfr. Artículo 46.2

³²³ Cfr. Artículo 46.3, 46.4 y 46.5. Cfr. Dupuy, Pierre Marie, *Droit International Public*, cit., pp. 264 y ss.

2.5 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿LA AUSENCIA DE LÍMITES?

Hasta aquí parece demostrada la existencia de un régimen autónomo (especial) denominado derecho internacional de los derechos humanos. El carácter de sus normas, sus instituciones y sus órganos judiciales lo hacen, junto con el sistema de comercio internacional, un régimen de especialización de mayor grado y alcance en la comunidad internacional; inserto necesariamente en el derecho internacional general. Como lo afirma la CDI, decir que un régimen es autónomo es un engaño, pues no lo es en la medida en que no puede estar completamente aislado del derecho internacional general.³²⁴ O sea, el derecho internacional de los derechos humanos tiene los límites del derecho internacional general, que lo contiene. De ahí que, una revisión de las instituciones y, específicamente, de las sentencias de las cortes regionales de derechos humanos, no deben pasar por el análisis del derecho internacional general, para limitarlo y asegurar, finalmente para eso está, la convivencia armónica, no sólo de los Estados, sino de los individuos que pertenecen a ellos.

Así, es evidente dónde comienza el derecho internacional de los derechos humanos; la pregunta es, entonces, hasta dónde llegará y debe llegar. La respuesta no es tan difícil si pensamos que el derecho, precisamente por su función instrumental, aspira a encontrar nuevas y mejores formas de convivencia social. Es decir, mientras los derechos humanos no sean respetados, no podrá decirse que está agotado el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien el objetivo es claro, quizá el camino del discurso sacro de los derechos humanos no es el correcto. Por eso, antes de revisar en el tercer capítulo la argumentación e interpretación de las normas internacionales merece un comentario el discurso en el que se expresa a menudo el derecho internacional de los derechos

³²⁴ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 193.

humanos, mucho más cercano al discurso religioso que al jurídico.³²⁵ Tenemos claro a dónde debe llegar el discurso de los derechos humanos, pero quizá no el camino para lograrlo. Pueden entonces construirse, o sugerir su construcción, límites a los derechos humanos, desde dos perspectivas: el discurso y la estructura.

Por discurso, entendemos la forma en que está expresado el derecho internacional de los derechos humanos por sus actores principales; por estructura, entendemos los límites que las instituciones, al menos las jurídicas, pueden formular. El objetivo de este trabajo es combinar una de estricta naturaleza discursiva, como la argumentación y la interpretación, en instituciones como los tribunales internacionales. Es decir, la función de los jueces es conducir o encaminar, a través del discurso racional de los derechos humanos (y de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos), a la sociedad occidental (al menos), hacia el pleno respeto de los mismos. En el estado de desarrollo actual de las cosas, puede empezarse por el establecimiento de límites al discurso. Hay otro tipo de límites institucionales, por ejemplo, la responsabilidad internacional de los derechos humanos *lex specialis*, frente a las reglas de responsabilidad internacional general. Pero tal propuesta debe ser analizada con mucho mayor detenimiento en otra parte de la investigación.³²⁶

2.5.1 SOBRE EL DISCURSO EXCESIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL NACIMIENTO DE LA RELIGIÓN (Y LA IDOLATRÍA).

En los últimos años, a propósito del auge y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, se presentó un fenómeno ya referido, entre otros, por Norberto

³²⁵ Cuando se dice esto no se tiene la intención de negar la importancia de la opinión de los actores internacionales en la promoción y protección de los derechos humanos, todo lo que se hace es, plantear el peligro en el que se puede incurrir. Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public, cit.*, pp. 271 – 273.

³²⁶ Aquí hay una referencia expresa a los límites planteados por la CDI, en el Informe sobre Fragmentación. Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párrs. 153 y ss.

Bobbio: la multiplicación de los derechos.³²⁷ El tema puede abrirse desde dos perspectivas: una, el uso político y jurídico (en ambos casos instrumental) que puede darse al lenguaje de los derechos humanos; la otra, una genuina creación social de nuevos derechos y libertades como exigencias al ejercicio del poder público. Nos centraremos en el lenguaje jurídico de los derechos humanos.

Abandonada la clasificación de las generaciones de los derechos humanos, que no dejan de ser útiles para una explicación histórica pero no para el agotamiento conceptual del derecho humano, la barrera para que un derecho subjetivo alcance el estatus de “derecho humano” ha sido derribada por el uso excesivo del discurso. Un lenguaje excesivo de los derechos humanos agota no sólo la propia estructura lingüística (no sabemos si hablamos de derechos individuales, colectivos o de grupo, es decir, si nos referimos a ellos en plural o singular, en femenino o masculino, etc.,) sino también, la paciencia del auditorio, sobre todo en la políticamente desgastada situación latinoamericana. Incluso agota, en última instancia, el propio contenido del derecho. Y no debe perderse de vista que el lenguaje de los derechos es ambiguo, poco riguroso y usado con frecuencia, retóricamente, según afirmaba Bobbio.

El hartazgo de muchas personas a la promoción de los derechos humanos, es en realidad, el rechazo a un discurso excesivo, tantas veces irracional, acrítico y movido por las pasiones momentáneas de algarabías populares, ausente de reflexión teórica y práctica. Como ha quedado demostrado en hechos, la brecha entre un discurso chocante de los derechos humanos y la afirmación de que los animales y los árboles tienen derechos fundamentales queda superada; el peligro de una concepción “verde” de los derechos humanos, por evidente, asusta. Urge un discurso que desacralice los derechos humanos y los ubique en el discurso jurídico instrumental de valores comunitarios.³²⁸

³²⁷ Cfr. Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*,... cit., p. 28. Bobbio justifico este fenómeno porque entendia perfectamente que el elenco de derechos de la Declaración Universal obedecia a um momento histórico determinado.

³²⁸ Cfr. Capozzi, Gino. *Diritti dell'Uomo. Filosofia, Dichiarazioni, Giurisdizione*, Nápoles, Jovene editore, Italia, 2001, p. 18.

El discurso del activismo de los derechos humanos es un discurso excluyente, tanto como el religioso. Aquel que no profesa el catolicismo es contrario a éste, de la misma manera que quien no profesa los derechos humanos, está contra ellos. El discurso religioso extremo es fundamental, soberano en el sentido originario: nadie por encima de él; la idolatría requiere culto y devoción, ritual incluso. El discurso de los derechos humanos, como el religioso, puede ser también extremista, y con necesidad de ritos. El discurso de los derechos humanos puede llegar a ser idólatra, y quien lo practica, devoto. Además, como la religión, se buscan adeptos: se evangeliza. Los derechos humanos buscan seguidores en el sentido más claro del discipulado.

Una forma, por ejemplo, de hacer religión de los derechos humanos es crear nuevos derechos. Es un proceso de inauguración de nuevos derechos humanos. Reformular el catálogo y hacer más grande la lista. El peligro: la disolución de lo importante. La inercia de la protección de los derechos humanos, por ejemplo, permite plantear a la propiedad intelectual como un derecho humano, no sólo la parte de los derechos de autor, sino también, los derechos patrimoniales. Y colocarlos, jurisprudencialmente, dentro de la propiedad privada.³²⁹

Es una falacia creer que con la formación de un texto, que adquiera el carácter de tratado, o incluso costumbre, se terminarán las violaciones de derechos humanos. O también es engaño, creer que la única forma de lograr la concepción de norma jurídica sea a través de una norma convencional. Es más, el discurso de los derechos humanos no es un lenguaje de consenso, sino de disenso.³³⁰ No al menos entre Oriente y Occidente, e incluso entre las distintas posturas sobre un derecho humano en Occidente.

Ahora bien, ¿es nuestra situación latinoamericana la que nos orilla a la religión de los derechos humanos? ¿Es esta necesidad de creer en algo lo que nos permite crear nuevos dioses a quien acercarnos? El panorama, actualmente, en México, no es nada

³²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, párrs. 102 y 103.

³³⁰ Cfr. Ignatieff, M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, New Jersey, Princeton University Press, 2001, p.19.

alentador. El derecho se entrega, en tanto función instrumental, al qué hacer político, aun cuando no exista claridad entre la clase política de qué es lo que deben hacer, o cómo hacerlo. El derecho no es más un instrumento social de convivencia, es un instrumento de legitimación para conseguir y mantenerse en el poder. El derecho es el medio para validar un discurso político, hacer coaliciones electorales, utilizar presupuesto público, pagar espacio televisivo o radiofónico, promoción personal, etcétera, pero no para construir sociedades educadas, sólidas, preparadas, profesionales, de mejor calidad de vida. Si esta es nuestra situación, entonces, la religión, la de los derechos humanos, es el discurso que atemperará las desigualdades y nos hará hombres y mujeres de fe. Ir en contra de ellos sería ir en contra de nuestra propia comunidad.

El exceso de los derechos humanos es destructivo. Un límite, no sólo jurisdiccional, sino jurisdiccional colectivo, puede ser otra opción para llegar al mismo final: la protección del individuo frente los excesos del poder, pero la protección del individuo, promoviéndolo, dentro de la esfera de su comunidad. Así, puede construir un discurso tolerante de las diferencias entre comunidades jurídicas distintas, y reformular la idea del universalismo.³³¹ Es también, una forma de proteger y promover derechos humanos.³³²

Puede decirse por último que el lenguaje de los derechos humanos, en el análisis que se hace, es un lenguaje jurídico; obedece por tanto a reglas de uso jurídicas. Y el lenguaje de los derechos humanos es un lenguaje de academia, con procedimiento válidos y contenidos consensados. Los derechos humanos se protegen mejor desde ahí, desde su uso jurídico.

³³¹ Compárense, por ejemplo, las posiciones canadienses y latinoamericanas sobre derechos indígenas, en la primera, mejor o igual protegidos, no alcanzan la categoría de derechos humanos, en cambio, en la segunda, para protegerlos, parece necesario rodearlos de la estructura jurídica y política de los derechos humanos.

³³² Cfr. Ignatieff, Michael, *op. cit.*, p. 17 y ss.

CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO: REVISIÓN METODOLÓGICA
DESDE UNA VISIÓN INTERNACIONALISTA.

La interpretación del derecho, que corresponde a una idónea traducción de la locución *interpretatio iuris*, originariamente encierra la operación de individuar un comportamiento o un conflicto dentro de reglas jurídicas.³³³ En el mundo jurídico actual, sean normas nacionales o internacionales, la interpretación ha llegado a ser un tema de vital importancia.³³⁴ Sin embargo, la interpretación y la ley (o sea, *interpretatio* y *lex*) no siempre estuvieron juntas, o no siempre una derivaba lógicamente de la otra, sino que referían actividades completamente distintas. Por *lex* se entendía el acto legislativo del soberano; por *interpretatio* se entendía cualquier expresión normativa siempre que hubiese sido enunciada por los tribunales o juristas, en ausencia de ley aplicable, y con base en razones o a opiniones a las cuales se les atribuyera cierta autoridad.³³⁵ Los criterios derivados de la *interpretatio* tenían un carácter subsidiario, y se regían bajo el principio *in claris non fit interpretatio*, que suponía primero la aplicabilidad de la *lex*. De ahí que una disminución de acudir a la ley, significó, por consecuencia, un impulso para los tribunales; y cuando estos crecieron, se iniciaron los esfuerzos por su debilitamiento. En suma, a partir de ese momento, el derecho como norma y su interpretación han sido materia de profusos trabajos principalmente en el área de la filosofía, historia y teoría del derecho.³³⁶

El interés del estudio de la interpretación no es solamente de carácter académico; al contrario, sus efectos en la práctica a partir del nacimiento del Estado, en los escritos de Maquiavelo, se encuentran profundamente arraigados en un principio indiscutible de

³³³ Cfr. Tarello, Giovanni, “L’interpretazione della legge”, en Cicu, Antonio y Messineo Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, T. 2, Milán, Giuffrè, 1980, p. 7.

³³⁴ Con todo, la idea de la interpretación normativa no es clara. Es más, puede estar sujeta a interpretaciones. Cfr. Brunet, Pierre, “Aspects théoriques et philosophiques de l’interprétation normative”, *RGDIP*, 2011 – 2, pp. 311 – 327.

³³⁵ Cfr. Tarello Giovanni, *Storia della Cultura Giuridica Moderna, Vol I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Bologna, Mulino, 1976, pp. 67 y ss.

³³⁶ Tarello, no sin erudición y pasión, desarrolla buena parte de las pugnas y desarrollo teóricos de la cultura jurídica moderna. Cfr. *Ibidem*, pp. 67 – 95.

la vida política de una determinada sociedad: la división de poderes. Así como el legislador crea leyes, el juez las aplica. Éste no ha sido llamado a hacer las normas, de la misma manera que aquél no las adjudica. En la aproximación positivista e iluminista del derecho, del respeto a esta línea divisoria depende el éxito de la comunidad. Así, en la medida que la *lex semper loquitur*, el juez no dice el derecho, sino solamente lo aplica. También el positivismo ha desarrollado la interpretación judicial sólo cuando el texto no es claro, o, en última instancia, cuando no le alcanza a subsumir en el supuesto normativo la realidad social.³³⁷

Hemos iniciado este capítulo señalando dos momentos fundamentales en la tradición jurídica que marcan el sentido de la actividad de interpretar una norma. Lo que se buscará aquí, es hacer sobre todo una aplicación al derecho internacional que actualmente se mueve entre el concurso de múltiples poderes legislativos y la fascinación contemporánea por la actividad judicial (de derechos humanos) que tantas veces toma un camino distinto a la ley. Por eso, a partir de que Tarello da cuenta de cómo en el siglo XVIII los problemas del derecho (y que trascendieron al ámbito político) estuvieron originados en la función del derecho mismo, en su modo de creación y de aplicación, ya sea del soberano, de los jueces, e incluso, en la propuesta de refundar la comunidad política a partir de un nuevo derecho,³³⁸ no podemos sino hacer un referencia mesurada al presente y futuro del derecho internacional.

Así, en el panorama actual, por un lado, existen posturas que apuestan por la refundación del derecho, la desaparición de la ONU y la construcción de una sociedad auténticamente igualitaria, democrata. Por el otro, hay Estados que mantienen basada su postura de soberanía en criterios obsoletos e impenetrables, y al lado de ello, también podemos encontrarnos el activismo de organizaciones internacionales, o de cortes regionales que se aproximan y presentan una forma diferente de ver el derecho

³³⁷ Cfr. Kolb, Robert, *Interprétation et création du droit international*, Bruselas, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 16 – 20.

³³⁸ Por ejemplo Voltaire, que no fue un hombre estrictamente de leyes, (en el sentido de practicar el derecho) sí criticó con rudeza la ideología del derecho, a partir del concepto de la libertad, en pleno período de la Ilustración. Cfr. Tarello, Giovanni, *Storia della cultura ..., cit.*, pp. 301 y ss.

internacional. En este último punto va delineado nuestro estudio. Y si todavía es pronto para trasladar la historia francesa, italiana o alemana de los siglos XVIII y XIX al derecho internacional, sí es cierto que se demuestra que un tribunal que adquiere fuerza propia, incluso mayor a la que se le hubiere querido conceder en un principio, resulta incómodo para la comunidad política, y sobre todo para el “soberano” a quien seguramente limita. Así, lo que queremos presentar es al menos una inquietud de saber si en la comunidad internacional hemos transitado (o estamos en proceso de hacerlo) del imperio de la *lex*, entendida como tratado o costumbre internacional (de cualquier forma creada por los Estados y organizaciones internacionales) al gobierno de los jueces internacionales, esto es, de la *interpretatio*, según el sentido originario que derivaba del derecho romano.

Para el derecho internacional general, y todavía más para el derecho internacional de los derechos humanos, acercarse a la teoría de la interpretación resulta poderosamente llamativo por las carencias propias del sistema: no hay monopolios en la creación ni en la aplicación de las normas jurídicas porque su fundamento está marcado por la horizontalidad de sus fuentes, de sus instituciones y de sus principales actores, los Estados. Es en este espacio de ausencias y penumbra donde el intérprete del derecho internacional debe moverse y, en la medida que tenga conciencia de su ubicación y de su función, podrá constatar, proponer y edificar las bases de un desarrollo progresivo del derecho internacional.³³⁹

La diversidad de tratados, la posibilidad de que existan costumbres regionales, generales y universales, los tribunales internacionales, entre otros, muestran un entramado de normas de imposible conocimiento y de presunción de conflictos. Por tanto, es difícil afirmar que el sistema jurídico internacional, visto como un sistema normativo diferente al derecho nacional, es coherente y sin contradicciones; antes, como en el derecho doméstico, el internacional sufre de las mismas condiciones y problemas. Además de las propias características del lenguaje jurídico, la interpretación de del texto normativo se vuelve una obligación. En efecto, prácticamente todas las controversias

³³⁹ Cfr. Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005, p. 287.

internacionales que se someten actualmente a los foros judiciales, y muchas de las que ya han sido resueltas, tienen su origen, completa o parcialmente, en la identificación o interpretación de una norma;³⁴⁰ de ahí se dice que “La interpretación de los tratados es diplomacia y la misión de la diplomacia es evitar o mitigar los conflictos.”³⁴¹ En ello radica la importancia para el derecho internacional de revisar con cuidado los desarrollos teóricos de la teoría de la interpretación.

En el desarrollo de este capítulo se demostrará que el derecho internacional, en tanto lenguaje, es susceptible de interpretación. Primero, se expondrá el problema de qué debemos entender por derecho internacional; luego, cuál es el mejor sentido de la actividad que realiza el intérprete según el derecho internacional. En seguida definiremos el objeto de interpretación (tratados, costumbre, principios, sentencias, etc.), quiénes adquieren la calidad de intérpretes, y los métodos que utilizan. Respecto de estos últimos haremos una especial referencia a las interpretaciones literal y teleológica, y dentro de ésta a la restrictiva, extensiva, efectiva, evolutiva, pro persona y conforme a tratados (de derechos humanos). Al final del capítulo expondremos la importancia de la interpretación sistémica como mecanismo de integración del derecho internacional a partir de la fragmentación judicial internacional. Y, como se enfatizó desde el inicio de este trabajo, una especial referencia se hace, de manera constante, a la función judicial desde el ámbito de la discrecionalidad de sus decisiones.

3.1 EL DERECHO INTERNACIONAL COMO LENGUAJE (JURÍDICO) Y EL AGUIJÓN SEMÁNTICO INTERNACIONAL.

³⁴⁰ “... La manera en que se interpretan las normas pertinentes determina si existe un conflicto y qué puede hacerse con los conflictos *prima facie*. Es muy importante destacar esto. La interpretación no entra en juego únicamente cuando ya se ha comprobado que existe un conflicto, sino que las normas parecen ser compatibles o estar en conflicto como consecuencia de la interpretación.” Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 412.

³⁴¹ *Ibidem*, párr. 37.

Es correcto decir que no sólo los juristas se acercan al derecho y por tanto, a su lenguaje.³⁴² En realidad, el fenómeno jurídico no es exclusivo de los licenciados en derecho, sino de todas las personas y con independencia de su ocupación, y en la mayoría de las veces la referencia al derecho es para criticar su funcionamiento o su aplicación. En materia de derechos humanos el discurso utilizado es sugerente, pues escuchar sobre la aprehensión de un afamado delincuente provocará alabanzas a alguno de los policías heroicos, al tiempo que dirán sobre el respeto del debido proceso, de la prohibición de la tortura, en fin, de la protección de sus derechos humanos; será triste, todavía más, escuchar la noticia de liberación del mismo “presunto” delincuente, por la mala integración del expediente, porque el delito no es grave, por violación al derecho de defensa, o lo que sería peor por un acto de corrupción.

El derecho y las relaciones internacionales también suelen ser objeto de crítica y comentarios: conocer la invasión de Estados Unidos de América a Irak, o constatar con impotencia que José Ernesto Medellín fue ejecutado aun cuando existía una sentencia de fondo, y una más de medidas provisionales de la CIJ³⁴³ que exigían la reposición del proceso, por un lado, y posponer la ejecución, por el otro; denostar a la ONU (aunque no se esté informado con seguridad de su función o injerencia en un determinado asunto), o culpar al imperialismo yanqui de la deficiencia del derecho internacional, es moneda corriente en las críticas de quienes observan el escenario mundial. Buena parte de todo esto es gracias a la función periodística y al fácil acceso que los individuos tenemos a muchos medios de información. Se pretende demostrar, dicho lo anterior, que el derecho, como un fenómeno social, se encuentra presente en todas las esferas, en todas las clases sociales y en todo tipo de relaciones personales. Así, la presencia omnipotente

³⁴² Los sociólogos, los antropólogos, los filósofos, los economistas, los arquitectos, los médicos, entre otros, pueden llegar a estudiar al derecho desde su particular visión e interés, y le imprimen, en todos los casos un enfoque distinto. Cosa que, por otro lado, sería extraordinario, observar a un jurista decidiendo la calidad del material para construir una casa, o asegurar, científicamente, que el medicamento para una determinada enfermedad es alguno en especial. Cfr. Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 11 y ss.

³⁴³ Cfr. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, párrs. 115 y ss.; *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, (Mexico v. United States of America), *Provisional Measures, Order of 16 July 2008*, I.C.J. Reports 2008, párr. 80.

del derecho coincide, con la presencia del lenguaje jurídico, aun cuando con certeza no se sepa hablar, escribir, escuchar o leer ese lenguaje.³⁴⁴

Deberíamos partir entonces, si se sigue la tradición de los analíticos del derecho, de una aproximación a eso que llamamos derecho internacional. Y no sería correcto volver la discusión a un tema que ya debería estar zanjado: la juridicidad o no del derecho. Como hemos dicho, el punto metodológico de partida, el origen de la investigación, es asumir que el derecho internacional es derecho. Si esto es cierto, entonces las reglas que sigue el discurso jurídico deberán ser utilizadas para analizar al derecho internacional, no sin la conciencia de sus diferencias con el derecho interno y de sus propias limitaciones.

Así pues, a manera de justificación de los párrafos que siguen, en este espacio se abrirá una arbitraria aplicación al derecho internacional de la propuesta teórica e introductoria de Dworkin sobre el derecho. Se sabe bien que cuando Dworkin piensa en el *Imperio de la Justicia (Law's Empire)*³⁴⁵ y en el derecho como integridad, no tiene en mente al derecho internacional, sino sobre todo, al derecho inglés y estadounidense. Entonces, el hecho que precisemos lo anterior ya nos ofrece una limitación de método que podría abrir muchos puntos de discusión. Incluso Hart, de quien Dworkin sucedió en la cátedra de *Teoría del Derecho* en Oxford, enunció las ausencias específicas de las que el derecho internacional adolecía, para ser llamado propiamente derecho.³⁴⁶

Reducido al máximo, lo que se tratará de establecer, a partir de las críticas que Dworkin hace al positivismo jurídico en tanto teoría semántica del derecho, es evidenciar

³⁴⁴ “... quien, sin trivializar, hable de derecho, sólo lo puede hacer siguiendo los cánones reconocidos (principios fundamentales) de la jurisprudencia” Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, UNAM, México, 2005, p. 218.

³⁴⁵ Las referencias realizadas corresponden a la versión en español, Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, 2ª. reimp, Barcelona, Gedisa, 2005.

³⁴⁶ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, cit., pp. 263 – 292; También Hart, H. L. A., en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press – Oxford, 1983, pp. 309 y ss. Hart cuestiona la postura monista de Kelsen y afirma que el derecho internacional y el derecho nacional no necesariamente deben pertenecer a un mismo sistema jurídico, no al menos, bajo el principio de validez que apuntaba Kelsen.

cómo la complejidad de la construcción formal del derecho internacional otorga un papel preponderante a los intérpretes internacionales, principalmente jueces, y ellos, por supuesto, basan buena parte del desarrollo progresivo del derecho en la interpretación jurídica.

Traer a Dworkin a escena en un texto de derecho internacional se justifica por dos razones: la primera, porque el derecho internacional positivo no tiene solución para todos los problemas de la comunidad internacional actual; y la segunda, porque hay un puente trazado entre esta indefinición del derecho y la interpretación de las normas jurídicas. Este espacio no es ni un análisis sobre su postura, ni una aplicación, menos aún una crítica sesuda. Sin embargo, el planteamiento general de su tesis sirve de preámbulo o introducción al problema del derecho internacional. Otro trabajo sería hacer una aplicación puntual, pero, como ya dijimos, el problema metodológico en ese caso es insalvable porque Dworkin no pensó en el derecho internacional como eje conductor de su teoría.

Así, cuando Dworkin justifica la orientación judicial de su propuesta, insiste en que, a menudo, el derecho es lo que los jueces dicen que es.³⁴⁷ En un esfuerzo como el presente, donde se enfatiza decididamente en la interpretación del derecho internacional a partir de los jueces y la idea de la fragmentación judicial internacional, vale la pena revisarlo. Así, separado de Hart, Dworkin sostendrá que una teoría semántica del derecho (determinadas principalmente por el “significado” o por el “uso” del vocablo derecho) debe ser sustituida o remplazada por una teoría de la interpretación.³⁴⁸ Pues al final, “La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa”.³⁴⁹ Esto significa que, en el decisionismo, la interpretación, quien quiera que la haga, debe ser sólidamente argumentada.

El planteamiento *dworkiano* parte de la afirmación de que los jueces al resolver los casos pueden llegar a tener algún tipo de desacuerdo; éste puede ser sobre cuestiones de

³⁴⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., p. 15.

³⁴⁸ Cfr. *Ibibem*, pp. 35 y ss.; Marmor, Andrei, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

³⁴⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., p. 23.

hecho, de derecho o de moralidad y fidelidad políticas. Al final, el análisis se centra sobre los desacuerdos en cuestiones de derecho. Y este tipo de desacuerdos no pueden ser resueltos sino a partir de una visión interna del derecho, es decir, la de los participantes del discurso jurídico. Es cierto que al público en general, dice Dworkin, poco o nada le interesa el desacuerdo sobre cuestiones de derecho; en realidad, son las cuestiones de moralidad, es decir, la corrección de una sentencia a partir de argumentos morales, como la justicia o la injusticia. De ahí que se diga que los desacuerdos sobre derecho, deben ser resueltos solamente por los juristas.

Hart, y sus discípulos, identificados en la filosofía analítica del derecho, han tratado de desarrollar qué se entiende por el vocablo “derecho” o cómo la usan los juristas (este tipo de escuela, dice Dworkin, inicia con Austin) pero esa tarea constituye un *agujón semántico*,³⁵⁰ en la medida que supone la compartición de reglas, o sea, una especie de convencionalismo sobre aquello que queremos decir con una determinada palabra.³⁵¹ En la exposición de los casos de Elmer, *snail darter*, McLouglin y Brown,³⁵² lo que busca Dworkin es demostrar, precisamente, que entre los jueces y los abogados no existe un consenso sobre el uso del derecho; por tanto, debe interpretarse. Al final, la propuesta de Dworkin es una teoría del derecho como interpretación.

Es necesario aquí hacer una aproximación al derecho internacional, en donde responder a una pregunta del tipo ¿qué es el derecho internacional? tendría como resultado una larga lista de respuestas, derivado del problema de las fuentes normativas internacionales. Mientras la referencia a un tratado o a una resolución del Consejo de Seguridad es contundente, en la medida que nadie podría afirmar que no es derecho, la acreditación de la costumbre, la obligatoriedad de una resolución de la Asamblea General, un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración

³⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 44 – 45.

³⁵¹ Según Marmor, Dworkin incurre en un exceso pues no todas las teorías incluidas en el positivismo jurídico descansan en ese planteamiento. Ni siquiera correspondería a la propuesta de Hart. Cfr. Marmor, Andrei, *op. cit.*, p. 17.

³⁵² Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, pp. 25 y ss.

y Programa de Acción de Viena 1993,³⁵³ la concepción del *ius cogens*, entre otros, no ofrecen ninguna certeza sobre su inclusión o no dentro del derecho internacional, o si un abogado o juez internacional tendrían la obligación de referirlo como derecho aplicable.³⁵⁴ Así pues, un poco meditado contacto al derecho internacional demostrará que no es posible saber con precisión en qué piensan los juristas cuando hablan del derecho internacional, ni tampoco cuando lo usan.³⁵⁵ O sea, en concreto, hay un desacuerdo teórico, un auténtico *aguijón semántico internacional*, originado en la pluralidad normativa, que puede ser resuelto a partir de otra operación: la interpretación jurídica.

La crítica de Marmor supone que la posición de Dworkin respecto de las reglas compartidas en un discurso es, en realidad, una crítica a todo el convencionalismo de casi cualquier cuestión de la filosofía.³⁵⁶ El caso es que, si pensamos que quien usa el derecho debe saber sus reglas, en el derecho internacional dichas reglas no parecen estar claras, incluso en un discurso tan común como el de la producción normativa o de las fuentes formales. Por ejemplo: la producción normativa internacional (fuentes formales) está condicionada en mayor grado por la actuación de los Estados, y aunque existen esfuerzos considerables de codificación de normas referentes a tratados (Convención de Viena sobre Derechos los Tratados, 1969) no queda debidamente institucionaliza; o sea, el procedimiento internacional de generación de derecho no es un tema herméticamente cerrado, y esto hace complicado tener un absoluto consenso en quién y cómo debe crearlo.

³⁵³ Cfr. Conferencia Mundial de Derechos Humanos *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, aprobados por el 25 de junio de 1993.

³⁵⁴ A diferencia de la resolución de la Asamblea General o de la Declaración de Viena, evidentemente, el *ius cogens* y la costumbre internacional sí son derecho. La referencia es aquí a los problemas de construir o acreditar una costumbre, o la propia noción del *ius cogens*.

³⁵⁵ Se tienen en mente, aquí, la posición sobre el *soft law*, a la cual nos referimos en el capítulo anterior. Cfr. Goldman, Matthias, "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law", *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25, pp. 335 – 368.

³⁵⁶ Cfr. Marmor, Andrei, *op. cit.*, p. 18.

El discurso de una *lege ferenda*, justificada en la noción del *soft law*,³⁵⁷ constituye un piquete del aguijón semántico a los internacionalistas. El desacuerdo teórico es evidente y todavía no existe consenso. Y sin embargo, para que exista tal derecho suave es necesaria la práctica de los Estados, lo que agudiza todavía más la ubicación del criterio formal en la creación del derecho. Así, no solo no encontramos consenso en la formación del derecho, sino que aun teniéndolo, el siguiente paso es revisar que los Estados se conduzcan conforme a él, y si esto no sucede, entonces no hay un único proceso de adjudicación, de reparación o de restitución.

Esto es, para que el tratado que se quiere no nazca muerto, debe observarse, necesariamente, la práctica de los Estados.³⁵⁸ Luego, tampoco tenemos aceptación en la adjudicación, como acto posterior a la creación, cuando surge la controversia en la aplicación o incluso cuando la norma se viola. Esta ausencia del monopolio de la sanción en el derecho internacional es, con mayor fuerza, otro piquete del aguijón semántico del derecho internacional.

3.2 INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ¿ACTIVIDAD COGNITIVA O PROCESO CREATIVO?

La interpretación jurídica puede ser vista como un asunto lingüístico, metateórico, extrajurídico, o también, como reglas jurídicas que establecen los procedimientos para, a su vez, la interpretación de otras normas jurídicas, es decir, como pasos específicos para la determinación y aplicación del derecho positivo, conformado por normas jurídicas convencionales o consuetudinarias.³⁵⁹

Prácticamente no hay un jurista que, dedicado al derecho internacional, haga a un lado la noción de la interpretación; la sola idea es seductora, pues pareciera que él mismo pudiera manipular, hacia un lado o hacia otro, el discurso jurídico. Lo cual es, bajo un esquema, cierto. Lo mismo filósofos, profesores, jueces y abogados litigantes suelen

³⁵⁷ A la noción de *soft law* nos referimos con mayor amplitud en el apartado 2.3.4.

³⁵⁸ Cfr. De Visscher, Charles, *Théories et Réalités ...*, cit., p. 170.

³⁵⁹ Cfr. Santulli, Carlos, "Rapport General", *RGDIP*, 2011 – 2, pp. 297 – 308.

acercarse desde sus propias actividades y plataformas a la interpretación del derecho (o mejor aún, a la argumentación jurídica, en donde la interpretación encuentra un lugar). Así como dijimos que el derecho es utilizado por muchos (casi todos) los actores de una comunidad aun cuando no conozcan sus reglas, la interpretación no es sólo una cuestión del derecho; aun cuando “el derecho es un concepto interpretativo.”³⁶⁰

Se interpretan, por ejemplo, las prácticas sociales, la *Polonaise Heroique Op. 53* de Chopin, el Poema 20 de Neruda, El Quijote de la Mancha, Juan 3:16,³⁶¹ o el artículo 133 de la Constitución mexicana y es evidente que, en este trabajo nos centraremos sólo en la interpretación normativa jurídica. En tanto derecho, el derecho internacional es lenguaje. Luego, puede ser interpretado. Y “*l'interprétation est partout où est le droit*”.³⁶² O también, sin interpretación, el derecho como la música, es afónico.³⁶³

De inicio y en visión general, la misma noción de “interpretación” presenta problemas de significado y, por tanto, debe ser interpretada; o sea, no existe claridad sobre qué debe entenderse por interpretar o interpretación. Puede referirse a una actividad, para lo cual se podría aludir a la forma verbal “interpretar”; pero también, como resultado de una actividad, y se aludiría aquí a un sustantivo: “interpretación.”³⁶⁴ Primero revisaremos la interpretación como una actividad, y luego, en el capítulo siguiente, en especial atención a la Corte Interamericana, como un resultado; es decir, el producto de la interpretación hecha por la Corte. Pero este análisis no será una simple

³⁶⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., p. 47.

³⁶¹ Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, cit., pp. 15 – 16; Betti, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 695 – 788; “La interpretación de una novela y la interpretación jurídica se consideran muy parecidas a causa de que ambas implican una reacción del lector a un mensaje escrito dado. Desde este punto de vista, la interpretación es esencialmente “dependiente del lector” en ambos casos.” Aarnio, A., “*Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*”, trad. de José Pedro Úbeda, *Doxa* 4, 1987, p. 115.

³⁶² Pellet, Alain, “Les techniques interprétatives de la norme internationale”, *RGDIP*, 2011, 2, p. 295. También, si es una actividad se habla del sentido activo de la interpretación, en cambio, si es el resultado, se habla del sentido pasivo. Cfr. Dubout, Edouard, “Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour Européene des Droits de l’Homme” *Revue trimestrielle des Droits de l’Homme*, no. 74, Avril 2008, p. 384.

³⁶³ Cfr. Combacau, Jean, “Interpreter des textes, réaliser des normes: la notion d’interprétation dans la musique et dans le droit”, en *Mélanges Paul Amselek*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 261 - 277.

³⁶⁴ Cfr. Tarello, Giovanni, “L’interpretazione della ...”, cit., pp. 39 – 42; Brunet, Pierre, *op. cit.*, pp. 311 – 312.

descripción de la interpretación hecha, sino un examen desde las herramientas teóricas que aquí se proponen, hacia la actividad judicial.

Si entendemos la interpretación como actividad, habría que distinguir entre la interpretación como actividad cognitiva o como actividad de la voluntad, según se sostenga en las teorías vinculadas con el formalismo o con el escepticismo.. La línea fronteriza entre una y otra no suele ser fácil. La interpretación como actividad cognitiva estaría más cercana a la búsqueda de la claridad de un texto, o de un hecho (de una práctica), o de buscar y decidir cuáles son los significados posibles de un término que luego debe ser aplicado. En cambio, la interpretación como actividad de voluntad estaría ligada a una asignación libre, a una actividad creativa del intérprete.³⁶⁵

Podría decirse también que la interpretación como actividad cognitiva suele distinguirse entre interpretación objetiva e interpretación subjetiva.³⁶⁶ La primera supone la identidad de significado con la ley misma, o sea: la voluntad de la ley; en cambio, en la segunda, el texto adquiere un significado como el legislador lo quiso decir, o sea: la voluntad del legislador. En cualquier caso el intérprete no hace sino descubrir el sentido de la norma o buscar un conocimiento previo. Al respecto, la posición de Alchourrón y Bulygin es contundente, afirman que tal distinción es insostenible. La norma jurídica no puede tener un sentido objetivo: o tiene el que el creador de la norma le otorgó, o el sentido corriente de las palabras que utiliza.³⁶⁷ En realidad, sostienen, el segundo caso es común, y el primero la excepción. O sea, los creadores de la norma, al expresarla en un lenguaje, siguen los consensos lingüísticos de la comunidad a la cual va dirigida la norma, a menos que ellos mismos quieran darle un sentido distinto; la semántica de la norma no es otra que la que conocen aquellos quienes crean y a quienes se dirige. Por eso no queda

³⁶⁵ Cfr. Herdegen, Matthias, "Interpretation in International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2008, párr. 1.

³⁶⁶ Cfr. Betti, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, cit., pp. 790 - 791. También Corten, Olivier, "Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne: approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?", *RGDIP*, 2011 - 2, pp. 352 - 353.

³⁶⁷ En efecto, una norma que conste por escrito, constituye ya un medio predeterminado de interpretación de la misma. Cfr. Sur, Serge, *L'interprétation en droit international public*, París, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 181.

más que asegurar que la interpretación objetiva “más que un método para identificar el sentido que el texto tiene, es una manera de cambiar el sentido del texto.”³⁶⁸ La idea la interpretación es peligrosa: lo mismo sirve para descubrir el sentido del texto que para modificarlo.

Podemos anotar estos dos primeros acercamientos al significado mismo de interpretar (lo cual equivale a entender un problema semántico) pero faltaría por aportar un soporte teórico que recoge dichos significados. Las teorías jurídicas sobre interpretación pueden clasificarse en formalistas (también cognitiva), escéptica o mixta.³⁶⁹ Las consecuencias de seguir una u otra estarían determinadas por el objeto que se trata de interpretar (es decir, si se refiere a enunciados, o si se habla mejor de normas jurídicas) y también por la libertad que el operador, principalmente el juez, tiene para realizar su actividad en “zonas de penumbra”, o en los “casos difíciles”.

Hagamos un repaso breve. La primera teoría, la formalista, ha prácticamente caído en uso teórico y está relacionada con la postura francesa de la Ilustración. Sostiene que la interpretación está orientada a identificar el sentido correcto de los términos, y admite el uso de métodos solo en la medida que contribuyen a descubrir el objeto de la norma. Se presupone, por tanto, que el material jurídico, la norma, tiene un sentido ya dado, un sentido verdadero, un sentido objetivo y por lo tanto la interpretación es una actividad de descripción. En el entendimiento de los conceptos mencionados en los párrafos anteriores, la interpretación es una actividad cognitiva. Aquí se dice: si un texto es claro, no hace falta interpretarlo, pues no hay obscuridad en tal. En cambio, sólo se interpreta donde no existe claridad. De esta forma la interpretación es una actividad excepcional o residual.

La teoría escéptica, ubicada en el extremo opuesto, es una actividad de voluntad. Descansa principalmente en la concepción de que el lenguaje normativo es vago y abierto, por tanto de libre apreciación. Aquí, los métodos de interpretación no servirían

³⁶⁸ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, en Bulygin Eugenio *et. al.* (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1983, pp. 15 – 17.

³⁶⁹ Cfr. Brunet, Pierre, *op. cit.*, pp. 313 – 327.

sino para justificar una asignación de significado, y el resultado de la interpretación no podría ser considerada como verdadera o falsa, sino solamente como suficiente o insuficientemente bien argumentada o justificada. El margen de libertad del juez es amplio.

El grupo que se encuentra ubicado en la teoría mixta, sostiene que la interpretación es una actividad cognitiva (formalista) pero que en ciertos casos llega a ser de voluntad (escéptica). Admite, por ejemplo, que hay ciertos casos en donde el significado del derecho es indeterminado y por tanto, los jueces deben interpretarlo; mientras que en los otros, donde el texto es claro, no deben hacerlo.

Una vez hecho el acercamiento a estas teorías, debe decirse que no siempre tienen el mismo objeto de interpretación, o mejor dicho, si por interpretación de la norma se refieren al sentido de un enunciado, o al enunciado normativo. La visión de Alchourrón y Bulygin suele ser clarificadora respecto de la distinción entre un enunciado normativo y la norma misma como palabras recurrentes en discurso jurídico: “los enunciados normativos son entidades lingüísticas; las normas son el sentido expresado por esos enunciados.”³⁷⁰ La norma suele expresarse en enunciados normativos pero también en prácticas sociales (en especial referencia a la costumbre), y un enunciado normativo puede expresar una o más normas. Lo que importa para una norma es el sentido que se otorga al enunciado o a la práctica, basado por tanto en un acto de voluntad; es más, de autoridad.

Pensemos ahora la distinción desde el derecho internacional, donde no obstante esta precisión, no suele hacerse una diferencia clara entre uno y otro. Los intérpretes del derecho suelen tomar un enunciado normativo como norma e incluso una práctica que puede o no constituir costumbre internacional. Lo que sí es cierto, es que el modo tradicional o clásico de mirar el derecho internacional es a través de una primacía del texto o la primacía de su creador, que lo orienta necesariamente hacia la teoría formalista. Pero al mismo tiempo, la práctica reciente de la Corte Interamericana,

³⁷⁰ Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Definiciones y normas”, *cit.*, p. 15.

principalmente nos hace pensar en el otro extremo donde los jueces libremente (o sea, fuera del texto) asignan el significado a un texto. Ambos casos demuestran que el derecho no es una operación matemática que deba resolverse geoméricamente sino a partir de otro tipo de razonamientos, a veces, no exactos.

La referencia que haremos a la CVDT demostrará que en el derecho internacional la interpretación es una actividad cognitiva – subjetiva. O sea, no busca el sentido objetivo del texto (porque es imposible que lo tenga) pero tampoco es de libre asignación del intérprete, sino que debe ajustarse a la voluntad del legislador.

Tendrían que responderse, por último, dos preguntas que parecen importantes respecto de la interpretación en el derecho internacional 1) ¿hay zonas de penumbra? Y si la respuesta es afirmativa, 2) ¿sólo se interpreta el derecho internacional en tales zonas de penumbra? La segunda cuestión está destinada a marcar la diferencia entre la interpretación y la aplicación o adjudicación de la norma.

1). Respecto de la primera interrogante no hace falta ir muy lejos para saber que el derecho internacional está plagado de un lenguaje abierto. Si esta situación existe en el derecho doméstico, la misma situación se agrava en el derecho internacional. Las causas pueden ser, entre otras, el dinamismo de las relaciones sociales y la pasividad y lentitud para mover las instituciones creadoras del derecho, o también la imposibilidad de que el autor de una norma prevea todos los supuestos donde sea aplicable,³⁷¹ por último, quizá, aunque menos probable, la intención del legislador de otorgar al aplicador herramientas para el uso discrecional del derecho.

Pongamos por caso al Consejo de Seguridad, que para efectos de la Carta de las Naciones Unidas es un órgano beneficiario de la transferencia de poder que hacen los Estados Miembro de la misma.³⁷² Pues en el artículo 39 de la misma Carta se lee: “El

³⁷¹ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al.*, *Droit International Public*, 6ª. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, pp. 250 -251.

³⁷² “Artículo 24. 1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad

Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.” El problema de la apertura del lenguaje en el texto transcrito es abrumador, sobre todo si pensamos que es el origen de actividades decididas por el Consejo en el marco del Capítulo VII, donde tiene un poder inmensurable.³⁷³ Piénsese nada más en el verbo “determinar” pues de ahí depende si estamos frente a una amenaza, un quebrantamiento o un acto de agresión, y respecto de cada uno de esos actos, corresponde una consecuencia: una recomendación, luego decide el uso de medidas que no impliquen el uso de la fuerza y finalmente, puede establecer aquellas que sí implican el desplazamiento de fuerzas terrestres, aéreas o navales, evidentemente siempre para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales. De hecho, la inactividad del Consejo, o su tardanza, se justifica, en ocasiones, por los desgastes en la “calificación” del acto. Así pues, hay una zona de penumbra importante en el derecho internacional, donde no alcanza el texto para solo aplicarlo. Hace falta una interpretación.

Ahora bien, debe seguirse aquí la postura que ubica a la distinción entre casos difíciles (como el del artículo 39 del Consejo de Seguridad) de los casos claros, como un mínimo acto de interpretación. Por supuesto, la interpretación no solo opera cuando se está frente a los casos difíciles, sino la misma distinción entre éste y los otros, genera ya un acto de interpretación.³⁷⁴

2). La segunda pregunta puede entonces reformularse así ¿la interpretación en el derecho internacional se reduce a esclarecer los casos difíciles, o sea, las zonas de

internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad **actúa a nombre de ellos** al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. ...” énfasis personal.

³⁷³ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, pp. 950 – 952; Treves, Tullio, *Diritto Internazionale...*, *cit.*, pp. 454 – 457.

³⁷⁴ Sugiere esta idea el círculo del “doble veto” que se desprende de la misma Carta de las Naciones Unidas respecto del sistema de votación establecido para los asuntos de procedimiento y “las otras cuestiones”, en términos del artículo 27, pues la propia calificación del asunto puede constituir ya, una cuestión de fondo, y por tanto, requerirá el voto afirmativo de los 5 miembros permanentes. Cfr. Gutiérrez Baylón, *Sistema Jurídico...*, *cit.*, pp. 117 - 120.

penumbra, o si, por el contrario, es necesario asignar un significado a todo el discurso jurídico, esto es, el material claro? Independiente de si entendemos la interpretación como una actividad cognitiva o proceso creativo la máxima *in claris non fit interpretatio* operaba ante la insuficiencia de la *lex* como una operación completamente distinta; esta línea divisoria entre una y otra, si en algún momento era perfectamente clara, se ha derribado completamente, pues la interpretación llega de forma inevitable, independientemente de la insuficiencia o no de la ley. Es un requisito, incluso, para aplicarla.

La norma (en el sentido de *lex*) y la interpretación (*interpretatio*) no son más actividades autónomas o diferentes, o en última instancia subsidiarias. Pues incluso en los casos claros, o los casos fáciles, la claridad es tal porque hay consenso en la atribución del significado, esto es, se utilizaron palabras respecto de las cuales ya hubo una especie de pre interpretación por quienes participaron en la creación de la norma y respecto de una comunidad a quienes va dirigida la norma. Visto así, la interpretación de las normas jurídicas es algo inevitable para quienes saben expresarse a través del lenguaje del derecho.

Una norma jurídica una vez que ha nacido, debe ser aplicada; y al aplicarla, se interpreta.³⁷⁵ La interpretación, si bien se encuentra dentro también del estudio de la aplicación es una actividad distinta, pues su función principal es definir el contenido de una norma y determinar su alcance; la aplicación, en todo caso, es un acto posterior.³⁷⁶

Hay una clara distinción entre texto explicado y texto aplicado y que sin embargo ésta puede ser, lo mismo que en el discurso religioso, una consecuencia de la primera. O sea, dado que la interpretación es normativa, el objetivo final del intérprete es, precisamente, que la conducta de una persona sea tal o cual forma. Hay, por tanto, en la

³⁷⁵ Tarello analiza las diferencias entre interpretación y aplicación en las posturas de Kelsen, Hart, Ross y el realismo estadounidense. Cfr. Tarello, Giovanni, "L'interpretazione della ...", *cit.*, pp. 45-47.

³⁷⁶ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al.*, *op. cit.*, p. 250. También Twining, William, y Miers, David, *Come far cose con regole*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 228.

interpretación, un uso del lenguaje argumentativo, puesto que lo que se quiere hacer es convencer.

El hecho de que la interpretación clarifique una conducta que luego debe ser aplicada la ubica dentro de actividad normativa. Esto es, quien opera e interpreta el derecho no puede utilizarlo sin un conocimiento (jurídico) previo (o al menos indagarlo); la interpretación jurídica no puede ser entendida como una interpretación de libre asignación de significado sino dentro del discurso de una serie de conceptos previamente establecidos (y sobre los que, evidentemente, podrían existir desacuerdos).

Esto significa que cualquier persona que lea el artículo 1 de la Constitución mexicana, e identifique la frase: "... tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte..." no podrá asignar libremente un significado al vocablo "parte" (si lo hace estaría fuera del discurso del derecho) sino aquel al que hacen referencia los juristas en el derecho internacional (y quedó, por cierto, debidamente asentado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).³⁷⁷ Este ejemplo trata de allanar una cuestión: el derecho si bien es manejado por todos, sólo puede ser interpretado por quien conoce sus reglas, esto es, los juristas. Es más, "... el oficio de los juristas, *quæ* juristas, es decir lo que el derecho dice".³⁷⁸ En el discurso del derecho, se siguen ciertas reglas que se asemejan a la gramática de una lengua. Y por tanto, de la misma manera que nos escandalizamos porque existen profesionistas que dicen *haiga* cuando se refieren al subjuntivo presente del verbo haber en primera o tercera personas, no podemos dejar en libertad la tarea de la construcción del sentido jurídico de una palabra; debemos por ello, conocer las reglas con las que se "lee" el derecho.³⁷⁹

En conclusión a estas dos últimas preguntas: el derecho internacional se interpreta en las zonas de penumbra, o casos difíciles, de los cuales hay suficientes ejemplos, pero

³⁷⁷ Es esa precisamente la importancia de las definiciones en el discurso legal, pues son esclarecedoras de la obligación jurídica. Un operador debe observar rigurosamente lo que el propio derecho establece a partir de las definiciones. Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Definiciones y normas", *cit.*, pp. 20 – 38.

³⁷⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, "El derecho: una máquina que se mueve con palabras", en *Sapere aude – ius, El primer Kelsen y otros escritos*, Vol. 1, 2010, pp. 25 – 40.

³⁷⁹ Cfr. Betti, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, *cit.*, pp. 789 - 790.

también en aquellos donde hay claridad, pues esa claridad solamente llega cuando se conocen las reglas en las que está ubicado el derecho internacional. Cuando referimos que no hay monopolios de creación y aplicación normativas, o que las relaciones internacionales son dinámicas, no significa que estemos frente a un discurso no normativo, y respecto del cual, quien pretenda utilizarlo tiene libertad de asignación.

3.3 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: OBJETO (EL DERECHO INTERPRETABLE)

Antes de continuar, como precisión metodológica³⁸⁰ debe decirse que se entienden como reglas de interpretación aquellos actos que permiten identificar el objeto a interpretar (que a su vez determinan el campo de aplicación, esto es, el objeto de interpretación), y también aquellos actos que permiten determinar la manera en cómo debe ser interpretado un objeto (o sea, actos que permiten determinar los métodos de interpretación). A su vez, para utilizar la frase “métodos de interpretación” se sigue la idea de la técnica que descubre la intención del autor del objeto a interpretar, y a partir del cual se pueden utilizar principios. Así, mientras los métodos, vistos de manera general, pueden ser objetivos o subjetivos, los principios (o también métodos específicos) podrán ser identificados como: de interpretación conforme, *pro persona*, *in dubio mitius*, efecto útil, de interpretación evolutiva, etcétera. Por último, no se analizará aquí, de manera exhaustiva, lo que se entiende por modos de interpretación, esto es, la manera en cómo los intérpretes llegan a una determinada decisión; pues se tendría que analizar la decisión de cada actor internacional que, para realizar un determinado acto, sigue un camino distinto.³⁸¹ Hacer esto último implicaría volver al desarrollo de sujetos de derecho internacional y analizar las motivaciones que justifican la selección del método de cada potencial intérprete.

³⁸⁰ Esta precisión metodológica no sigue, a raja tabla, una clasificación de la interpretación a partir de los intérpretes, del objeto, de los métodos, etcétera. Una sistematización de ese tipo, o como la que se presenta, siempre son limitadas y no abarcan todo lo que pudiera decir sobre la interpretación. Sin embargo, para evitar confusiones, si hemos tomado como referentes, lo que se precisó, aun cuando haya otras posibilidades de clasificación. *Cfr. Sur, Serge, op. cit.*, pp. 86 – ss.

³⁸¹ *Cfr. Santulli, Carlo, op. cit.*, pp. 297 – 308; *Brunet, Pierre, op. cit.*, pp. 311 – 327.

Así pues, ¿qué se interpreta en el derecho internacional? Una respuesta a esta interrogante demostraría el campo de aplicación de las reglas (jurídicas) de la interpretación. Y tal respuesta debe incluir una referencia a la posibilidad de interpretar comportamientos y textos. Podría reducirse, en el derecho internacional, a saber si se interpreta la costumbre, o sólo los textos escritos (que incluirían no sólo los tratados, sino todo aquel material jurídico relevante que conste por escrito: los actos o decisiones de las organizaciones internacionales; los actos unilaterales de los Estados; las sentencias de órganos judiciales, etcétera), o también los actos jurídicos que pueden ser traducidos en expresiones verbales.

En la tradición internacionalista, principalmente originada a partir de la Primera Guerra Mundial,³⁸² la interpretación del derecho internacional ha estado referida generalmente a los tratados internacionales.³⁸³ Los clásicos como Suárez o Vitoria,³⁸⁴ por ejemplo, no suelen estar citados cuando se habla de interpretación de las normas internacionales, si bien Gentili, Grocio (que fue el primero que escribió sobre la interpretación en el derecho internacional) y Vattel (jefe, junto con Wolf, de la tradición *grociana*) constituyen las primeras referencias históricas.³⁸⁵ En los escritos del siglo XX y los ensayos más recientes, las referencias constantes se dirigen, entre otros, a Ehrlich,³⁸⁶ Lauterpacht,³⁸⁷ Fitzmaurice,³⁸⁸ Sur,³⁸⁹ Betti,³⁹⁰ o Bentivoglio.³⁹¹ De cualquier forma, en

³⁸² Giovanni Tarello da cuenta de una larga lista de autores en lenguas italiana, francesa, alemana e inglesa, que han revisado el tema de la interpretación de tratados internacionales, destacan los ingleses como H. Lauterpacht desde 1927. *Cfr.* Tarello, Giovanni, “L’interpretazione della legge”, ..., *cit.*, pp. 12 – 13. Ver nota no. 18.

³⁸³ Suele citarse con frecuencia (lo hace así, por ejemplo Malgosia Fitzmaurice -“Cannons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organisation and the North American Free Trade Agreement” en *Austrian Review of International and European Law*, 10, 2005, p. 41-) la frase de Lord McNair: “There is not part of the law of treaties wick the textwriter approaches with more trepidation that the question of interpretation”.

³⁸⁴ Al mismo tiempo, Herdegen afirma que la interpretación en tanto manera de expresar el consentimiento y las indicaciones para la correcta interpretación de un acuerdo, ya estaba presente desde Grocio. *Cfr.* Herdegen, Matthias, “Interpretation in International Law”, *cit.*, párr. 5.

³⁸⁵ Con referencias a los Clásicos, puede verse Bentivoglio, Ludovico M., *La funzione interpretativa nell’ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 31 – 46.

³⁸⁶ *Cfr.* Ehrlich, Ludwik, “L’interprétation des traités”, *RCADI*, Vol. 24, IV, 1928, pp. 5 – 145.

³⁸⁷ *Cfr.* Lauterpacht, Herbert, “De l’interprétation des traités” *Ann I.D.I.*, 1950, pp. 366 – 423. *RCADI* 1934.

³⁸⁸ *Cfr.* Fitzmaurice, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points”, 33 *BYIL*, (1957), pp. 203 – ss.

todos ellos es clara la posición de que el material interpretable no se reduce al texto del tratado. Éste deberá ser claro y evitar conceptos vagos, pero los hechos, como elemento de existencia de la costumbre, es también algo que se interpreta en la medida que se realiza con un determinado sentido jurídico. A la par que la costumbre, una sentencia puede interpretarse, o un acto unilateral de un Estado, o una Resolución del Consejo de Seguridad, así como un Informe de la Comisión Interamericana. El objeto interpretable son las normas jurídicas, sea que consten por escrito, sean verbales, o basadas en prácticas sociales.

Lo dicho anteriormente ampliaría muchísimo la frontera de la investigación que pretende realizarse, de ahí que encauzaremos el trabajo a la interpretación de los tratados para seguir la propuesta de la CVDT. Que sea así se debe a los límites iniciales, pero también, porque al estudiar la función de la Corte IDH difícilmente interpreta aquello que no sea un tratado, o un documento escrito. No obstante, dividiremos el objeto interpretable en los tratados, según la Convención de Viena, y el objeto interpretable no convencional, donde mencionaremos brevemente el otro derecho internacional.

3.3.1 LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA REFERENCIA NECESARIA AL CANON INTERPRETATIVO DE LA *CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969*.³⁹²

Los trabajos de la CDI, por mucho, se convirtieron en referencias obligadas para el mundo de las relaciones internacionales. Sus encargos primeros, aquellos de la responsabilidad internacional de los Estados, y del derecho de los tratados (además de quince más),

³⁸⁹ Cfr. Sur, Serge, *op.cit.*

³⁹⁰ Cfr. Betti, Emilio, *Teoria Generale della Interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1955.

³⁹¹ Cfr. Bentivoglio, Ludovico M., *op. cit.*

³⁹² Se hace solo referencia a la Convención de Viena de 1969 pero en todo caso hay correspondencia, en la redacción final con los mismos artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Organizaciones Internacionales y Estados y Organizaciones Internacionales de 1986. Como aclaración, se apunta que solamente se analizan solamente los artículos 31 y 32 porque constituyen en realidad la Regla de Interpretación y los medios complementarios a la misma, mientras que el artículo 33 sólo ubica la lengua preferente de un tratado internacional.

enmarcan perfectamente en el propósito señalado en su Estatuto, y tomado de una de las funciones de la Asamblea General, derivadas a su vez, del artículo 13.1 de la Carta de la ONU: impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

Mientras el tema de la responsabilidad internacional ha sido ampliamente revisado desde García Amador hasta Crawford, pasando por los italianos Ago y Arangio-Ruiz, y el holandés Riphagen, sin que al momento haya un tratado en vigor, (aun cuando se considere costumbre internacional algunas de las pautas establecidas en los *Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados*, 2001), el del Derecho de los Tratados, de la mano de sus relatores Brierly, Lauterpacht, Fitzmaurice y Waldock, fue adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, en 1969 y recogió, en buena medida, la costumbre ya existente en las relaciones internacionales. Se constituyó, así, uno de los más grandes esfuerzos de codificación del derecho internacional.³⁹³ El trabajo de sus relatores consistía, de esa manera, en evidenciar el derecho existente, la *lege data*, aunque en algunos temas se incluyeron reglas de *lege ferenda*.³⁹⁴

En el tema de la interpretación de tratados, debe verse con atención la decisión del Instituto de Derecho Internacional,³⁹⁵ y además, los comentarios de Sir Fitzmaurice,³⁹⁶ pues la CDI los consideró como amplias referencias.

Humphrey Waldock, en el Tercer Reporte sobre Derecho de los Tratados, afirma que no existía consenso en determinar si las reglas propuestas constituían costumbre internacional o eran, en todo caso, constancia del desarrollo progresivo del derecho

³⁹³ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, pp. 119 – y ss.

³⁹⁴ Cfr. Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. II, p. 90. Lauterpacht dejó la Relatoría cuando fue designado Juez de la CIJ y su lugar fue tomado por Waldock.

³⁹⁵ Institute of International Law, 1956, p. 359.

³⁹⁶ Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, Cambridge, Cambridge Grotius Publications Limited, 1986, pp. 337 y ss. Estos principios habían aparecido primero publicados en Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure ..., cit.*, pp. 203 – ss.

internacional, y más cercanos por tanto a *lege ferenda*.³⁹⁷ El fondo de la discusión giraba, sobre todo, alrededor de la función que debía tener el intérprete de las normas. Lo cierto es que existió una transformación en la redacción de los artículos 70 al 73 del proyecto de Waldock, al que finalmente se firmó en 1969. Quedó fuera, por ejemplo, la referencia a la máxima *ut res regis valeat quam pereat* (considerada como efecto útil), que constituía la posibilidad de interpretar un texto dando el mayor peso posible y efecto de acuerdo al natural y ordinario sentido del término o con el objeto y fin del tratado (la misma palabra *natural* que aparecía en la propuesta fue también eliminada). Al respecto, si bien existía constancia de muchos principios sobre la interpretación de tratados que, incluso formulados en máximas latinas, servían de base para los intérpretes de la norma, no existía un consenso, entre muchos doctrinarios de que ello fuera obligatorio, ni siquiera en el derecho doméstico. En todo caso, se decía, eran guías para la buena apreciación del significado de un texto y recurrir a ellos constituía más una discrecionalidad del intérprete que una obligación; de ahí que la interpretación de documentos, según se decía, estuviera más ligada al arte que a una ciencia exacta.³⁹⁸

Al final, la Comisión redujo los artículos en los que refería el tema de interpretación de los cinco que había propuesto en 1964, a los tres que finalmente quedaron. No obstante, contrario a lo que podría pensarse, las disposiciones de los artículos anteriores quedaron prácticamente recogidas en los artículos definitivos (ya en la versión final, sólo hubo cambio en la numeración y se pasó del 27 al actual 31).

En la redacción aprobada en 1969, si bien existen referencias al texto, al contexto, y aquello que junto con él debe entenderse, la única prelación expresa que existe es aquella entre la regla general de interpretación (31) y los medios complementarios (32). Las consecuencias de esto son varias: a) no existe jerarquía en los métodos enunciados

³⁹⁷ Cfr. Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 53. También en *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, pp. 237 – 238.

³⁹⁸ Cfr. Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, pp. 53 – 54. Afirma Waldock: “In other words, recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory, and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science.” Esta misma frase apareció también en el último Reporte de la Comisión, en 1966. Cfr. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 238.

por la CDI. Por eso se habló de “Regla general...” y no de “Reglas generales ...”. Lo que se quiere demostrar es que la interpretación de tratados es una sola operación compleja que incluye, al mismo tiempo, la buena fe, el texto, el contexto y el objeto y fin del tratado; b) no hay prelación entre los párrafos I, II y III del artículo 31, sino más bien relación; todos los elementos juegan su papel en el momento de la interpretación, y el intérprete, al final, puede utilizar cualquiera de ellos, o todos. Se prefiere la operación lógica al peso jerárquico; c) sí existe prelación entre la regla general y el artículo 32, es decir, los medios complementarios. Se acude a éstos sólo bajo determinadas características, mientras que todos los elementos incluidos en el artículo 31, desarrollan un papel integral en la operación. De esta forma, las circunstancias especiales de celebración y los trabajos preparatorios tienen valor residual en la operación de interpretación.

Según la Comisión, el punto de partida es, al mismo tiempo, el sentido del texto (en efecto, la primacía del texto en tanto constancia auténtica de la voluntad de las partes) y el objeto y fin del tratado; de ahí, se sigue lógicamente lo que comprende el contexto, en tanto parte del texto, o elementos estrechos a él, y por último, aquello que se puede entender junto con el contexto. La operación en todo caso va regida por el manto protector de los Estados que constituye la buena fe, pero que al mismo tiempo es el argumento para hacer cumplir las obligaciones que se encuentren en vigor. Sin embargo, insiste la Comisión, el hecho de que se desarrollen y se explique el contexto y lo que debe entender junto con él en tres párrafos, no significa un demérito del tercero frente los dos primeros, o del segundo y tercero respecto del primero.

La interpretación, puede leerse, no es un medio de revisión de los tratados; tampoco se puede leer en un tratado aquello que no está dicho expresamente, ni tampoco puede hacerse una lectura nueva como consecuencia de la interpretación.

Al final, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados constituyen una referencia normativa fundamental de lo que constituye la interpretación de tratados. Tales disposiciones son obligatorias para quienes son Estados

parte de la propia Convención, de ahí que no puede decirse que pertenecen a un mundo distinto del derecho.³⁹⁹ Si consideramos además que tal regla de interpretación es costumbre internacional,⁴⁰⁰ pues entonces todos los sujetos de derecho internacional están comprometidos a seguirla, o a justificar, en todo, caso su incumplimiento.

Con esto se reafirma que los jueces internacionales deben seguir lo establecido en tales artículos; y si no siguen la regla, que no equivale a decir que van en contra de ella, debería ser una exigencia de argumentación sólida, que funcione como justificación.

En el texto final del tratado, se distinguió entre aplicación e interpretación, y observación. En la Parte III, Sección Primera dejó a la regla *pacta sunt servanda*, dentro de la observación, luego, en aplicación se enfocó a los temas de irretroactividad de tratados y de aplicación territorial y sucesiva de tratados, y dejó, en la Sección Tercera la parte referente a la interpretación.

Así pues, tenemos que la Convención señala:

31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

³⁹⁹ Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, cit., pp. 18 – 19.

⁴⁰⁰ Cfr. Fitzmaurice, Malgosia, "Canons of Treaty Interpretation..." cit., p.42.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La estructura seguida puede ser expuesta, según el Relator Waldock, de la siguiente manera: el **párrafo I** contiene tres principios, a) el de buena fe, que sigue una derivación de la regla *pacta sunt servanda*; b) el método literal, que incluye el contextual, y c) el del *bon sens et bonne foi*, en la medida que atiende al significado del texto dentro de su contexto y conforme al objeto y fin del mismo. El **párrafo II** define el contexto para efectos de la interpretación (y quedan incluidos ahí el propio texto, el preámbulo y los anexos) y deben considerarse los acuerdos por las partes relacionados con el tratado, celebrados al momento de la conclusión, y aceptados por las partes como instrumento del tratado. En realidad, con estos acuerdos se tratan de incluir aquellos instrumentos, que no siendo tratados, forman parte de él, en tanto contexto. Afirma la Comisión que no deben ser utilizados como simples pruebas sino como parte integrante del tratado.

El **párrafo III** precisa aquello que debe entenderse junto al contexto del tratado: a) *acuerdo ulterior* precisamente sobre la interpretación del tratado; se dejan de lados los acuerdos al momento o anteriores al tratado, y solo se incluye una acción futura, que debería tener el valor de interpretación auténtica, pues es un acuerdo entre quienes crearon la norma, y debe ser incorporada al tratado, para efectos de la interpretación; b) *práctica ulterior o subsecuente*; había sido manifestada ya por Fitzmaurice⁴⁰¹ dentro de los seis principios detectados en la práctica judicial hasta 1957. En efecto, es permisible recurrir a la conducta de los Estados en relación con un tratado internacional, pues ellos ofrecerán la mejor manera de evidenciar cómo han entendido los términos de un tratado.

⁴⁰¹ Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure ...*, cit., pp. 345 – 346; 357 – 359.

La Corte Permanente recurrió a la práctica subsecuente sobre todo para establecer las competencias de organizaciones internacionales como la OIT. Ahora bien, si la práctica ha modificado el sentido de una norma, puede recurrirse a ella y dar fe del cambio pero no como un ejercicio de interpretación, sino como un acuerdo en revisión. Y se apuntaba en el penúltimo Informe de la Comisión, que la línea fronteriza entre la interpretación a través de práctica subsecuente y una enmienda al tratado no era clara, aunque se trata de procedimientos completamente distintos. No puede decirse, con todo, que la práctica subsecuente sea un método de interpretación abstracto, pues es en realidad una situación real y se entendería, de hecho, que no habría controversia por los Estados que aceptan esa conducta. Sin embargo, a diferencia de otras formas de adaptación de un acuerdo internacional, sobre todo por terceros que no participan en la creación de la norma (las cortes internacionales), la práctica subsecuente tiene como requisito haber sido realizada por quienes sí crearon la norma. Lo cual le otorgaría un mayor peso frente a otros criterios.

También en el **párrafo III** queda incluida una fórmula amplísima que refiere *toda forma pertinente de derecho internacional*, siempre que sea creada por las partes. Según la CDI se llegó a esta redacción una vez que se habían dejado las referencias al tiempo en el que se hubiera hecho el trabajo. La importancia de esta cláusula es fundamental, pues como se verá al final del capítulo puede funcionar como la pieza fundamental para engranar de mejor forma la dispersa maquinaria del derecho internacional.⁴⁰² Los debates al respecto se centraron en la pertinencia o no de incluir el principio de interpretación evolutiva o dejar el propuesto, que obedecía al de contemporaneidad o de intertemporalidad (también conocido como de interpretación histórica).⁴⁰³ Al final del mismo párrafo, aparece la excepción que confirma la regla: la Convención de Viena le otorga primacía al texto del tratado, sólo en la medida que recoge la voluntad de las partes. De ahí que se justifique que se podrá salir del significado del texto sólo cuando sea evidente que las partes quisieron decir otra cosa.

⁴⁰² Cfr. TEDH, *AI – Adsani vs. United Kingdom*, judgment of November 2001, párr. 52.

⁴⁰³ *Annuaire de la Commission du Droit International, op. cit.*, p. 242, párr. 17.

El artículo 32, por mucho, es problemático. Por un lado acopia lo que ya se presentaba en la jurisprudencia de la Corte: si hay suficiencia con la claridad del texto, no hace falta recurrir a los medios complementarios de interpretación. Dicho de otra forma, sólo se acude a ellos, para confirmar el sentido, o cuando resultó absurdo o irrazonable u obscuro y ambiguo, utilizando la regla del artículo 31; pero por otro lado, nada dice si se descubre que los trabajos preparatorios son también insuficientes para clarificar el sentido del texto, o si en la búsqueda de confirmación del sentido resultante del artículo 31, los medios complementarios arrojan un sentido diferente. El propio artículo 32 es un precepto que debe ser interpretado.⁴⁰⁴ La complementariedad de los trabajos preparatorios tiene, además, una razón importante: en tratados multilaterales, los Estados parte en una controversia de interpretación y que se hayan adherido al tratado sin ser negociadores, estarán en una clara desventaja respecto de aquellos que si lo estuvieron.

De esta forma, Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados establece que la interpretación del derecho convencional internacional es una actividad de conocimiento. El jurista se acerca a interpretar un tratado en la medida que busca la intención de las partes, y no hay mejor forma de descubrirla, sino a partir del texto. También la Convención de Viena, siempre para confirmar la voluntad de las partes, puede interpretar de acuerdo al objeto y fin del tratado, y éste, no puede ser otro, sino el que las partes hayan establecido. Así dicho, no hay duda: la Convención de Viena tiene una aproximación voluntarista y otorga un claro modelo de referencia a las cortes y tribunales, juristas en general: el derecho internacional convencional se hace

⁴⁰⁴ La Corte IDH acudió a medios complementarios, pero no justificó si era para confirmar, o porque el primer resultado le era absurdo, irrazonable, obscuro o ambiguo. La sorpresa al leer la sentencia, es que los trabajos preparatorios no le ayudaron en lo absoluto a clarificar, lo que ya había decidido establecer; y otra sorpresa, además, es que señala que seguirá la Regla de Convención de Viena y utiliza una interpretación sistemática en el conjunto del derecho internacional de los derechos humanos que, por cierto, no aparece en los artículos 31 y 32. No obstante, la CDI se había pronunciado a la interpretación del tratado como un todo en el Tercer Reporte de Waldock y Herdegen confirma que la interpretación sistémica, en todo caso, se refiere a lo establecido en el párrafo 31 que debe entenderse como texto y contexto. *Cfr.* Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 35 – ss.; También, Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, pp. 57 – 58, párr. 19; Herdegen, Matthias, "Interpretation in International Law", *cit.*, párr. 12.

principalmente por Estados, y por tanto, debe privar el sentido del texto como manifestación de la voluntad estatal.

Dice Herdegen que hay una combinación de aproximaciones: la subjetiva y la objetiva,⁴⁰⁵ y continúa con la posición de quien considera que la subjetiva se refiere a la búsqueda de la voluntad del legislador; en cambio la objetiva, el sentido de la ley, del texto mismo. Como dijimos anteriormente, la segunda posición no puede sostenerse porque el texto no tiene un sentido objetivo, lo tiene aquel que las partes quisieron darle y, en principio, utilizan los vocablos comunes (de ahí que se hable del sentido ordinario) pues en una comunidad donde se habla un determinado lenguaje ya existe un acuerdo previo sobre qué significan las palabras. En cambio, cuando los autores de la norma quieren darle otro sentido, debe quedar evidente su voluntad (como bien quedó establecido en el artículo 31.3.d). Si esto es así, cualquier aproximación, en tanto actividad de conocimiento, es subjetiva, pues hay que ir en busca de la voluntad de los Estados, quienes crearon la norma.⁴⁰⁶

3.3.2 LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL DERECHO NO CONVENCIONAL.

Como mencionamos, una revisión de la literatura sobre interpretación del derecho internacional demostrará que antes de mayo de 1969, fecha en que se abre a firma la CVDT, si bien hay referencias a la interpretación de tratados, suele dedicarse un espacio al estudio detallado de la costumbre internacional.

Ya en el segundo capítulo de este trabajo recordamos que una fuente productora de normas válidas, en el derecho internacional, es la costumbre. No se somete pues a discusión su valor jurídico, porque es contundente: mientras haya una práctica reiterada, que sea entendida como vinculante jurídicamente (diríamos para clarificar: como si

⁴⁰⁵ Herdegen, Matthias, "Interpretation in International Law", *cit.*, párr. 7.

⁴⁰⁶ En opinión contraria, Favre señala que fue la posición objetivista la que prevaleció. Citado por Corten, Olivier, *op. cit.*, p. 353.

estuviera contenida en norma escrita), debe ser considerada norma jurídica. El texto base y definitivo es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es más, si en otras sedes la costumbre ha sido rechazada como norma, o el proceso consuetudinario como fuente, las relaciones internacionales dependieron, durante mucho tiempo, de la obligatoriedad consuetudinaria de las conductas de los Estados.⁴⁰⁷

Sería un error disminuir el alcance normativo internacional de la costumbre. Luego si entonces es norma, debe estar expresada en un lenguaje (el jurídico), por tanto, puede ser interpretada. Así pues, en el derecho consuetudinario, la interpretación tiene como función buscar, esclarecer el significado jurídico de un comportamiento estatal, así como extraer su efectividad y la reacción social que provoca.⁴⁰⁸ Es un hecho que en la costumbre internacional el hecho precede a la calificación jurídica. Lo que constituye la norma de derecho, no es el comportamiento, sino el sentido del mismo. De ahí que sea correcto afirmar que la interpretación del derecho no escrito, entiéndase la costumbre, es clarificar el sentido del comportamiento, desde las reglas jurídicas. En todo caso, toda interpretación de la costumbre internacional implica dos operaciones: la observación de los hechos y la apreciación del valor con el que los sujetos practican la conducta.⁴⁰⁹

Lo anterior pudiera confundirse con la verificación misma de la costumbre, sin embargo debe aclararse que la observación de los hechos implica reunir los dos elementos de la costumbre, en cambio, la apreciación del valor es en realidad, la auténtica función del intérprete.⁴¹⁰ Cuando se refiere a la apreciación del valor se tiene en cuenta que, a diferencia de los tratados donde la interpretación del texto va en busca de la certeza, en la costumbre con la racionalidad: o sea, la correspondencia con los principios de justicia y equidad, es el interés primero del intérprete.⁴¹¹ Por supuesto que

⁴⁰⁷ Cfr. Betti, Emilio, *Problematica del diritto internazionale*, cit., pp. 35 – 36.

⁴⁰⁸ Cfr. Serge, Sur, *op. cit.*, p. 189; De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation ...*, cit., p. 219.

⁴⁰⁹ Cfr. De Visscher, *ibidem*, p. 220.

⁴¹⁰ Cfr. Corten, Olivier, *op. cit.*, p. 352.

⁴¹¹ Esta idea que es de Max Huber, se encuentra referida por De Visscher. Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, cit., p. 221. Y del mismo modo, Bentivoglio sugiere una actitud distinta por parte del intérprete, si es que se encuentra frente a un texto o frente a una norma no escrita. En este caso, afirma, el juez debe construir una norma objetiva, a partir de la expresión jurídica de la comunidad, más allá de los límites formales. Cfr. Bentivoglio, Ludovico M., *op. cit.*, p. 8.

esta idea es altamente discutida, pues pareciera que el texto y su certeza se alejan de la equidad y la justicia, o viceversa, que la costumbre no atiende a la certeza y, por tanto, crece la discreción del juez o del intérprete.

La interpretación de la costumbre tiene por objeto, según Sur, el establecimiento de la regla, contenido y alcance.⁴¹² O sea, en un primer momento se identifica la costumbre (establecimiento y contenido), luego se establece su alcance; al final, se aplica. Al identificarla, la práctica reiterada se expresa en lenguaje normativo, en derecho, por tanto, como dijimos, la interpretación que se realice de ella no será sino establecer el sentido, y luego, si obliga o no a los sujetos en cuestión. Se parte de la idea de que se interpreta la norma, o sea, el sentido de un enunciado normativo, o de un comportamiento. Si pensamos que solamente se interpretan los enunciados, es claro que la costumbre quedará fuera, a menos que quede en un enunciado normativo (lo cual puede ocurrir dentro de las relaciones entre tratados y costumbre); pero que así sea, no significa que la costumbre internacional desaparezca. Por tanto, se toma aquí la distinción entre norma y enunciado normativo y se afirma que la costumbre internacional, en tanto norma, puede ser interpretada, pues puede descubrirse un sentido de quien la crea (los Estados).⁴¹³

También puede existir una relación entre normas convencionales y consuetudinarias a partir de la interpretación. Que una norma convencional contribuya a la acreditación de la costumbre suele ser frecuente en las consideraciones judiciales; resulta más complicado, en todo caso, que la interpretación de una norma convencional choque frontalmente con la norma consuetudinaria. Los Estados en una controversia, por sí solos, no podrían interpretar el sentido de un texto de forma tal que deroguen la norma consuetudinaria. La naturaleza jurídica de ambas normas es distinta y eso les asegura una

⁴¹² Serge, Sur, *op. cit.*, pp. 189 – 191.

⁴¹³ Esto ha sido ampliamente discutido en sede filosófica, y la posición contraria a la que hemos expuesto puede sucintamente leerse en Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1996, pp. 171 – 172.

vid autónoma, independiente una de la otra, pero al mismo, el intérprete deberá buscar que la convencional no termine con la consuetudinaria.⁴¹⁴

El texto del artículo 73 del Proyecto de Artículos presentado por Sir H. Waldock a la CDI, referente a la interpretación de tratados, preveía que al momento de interpretar un tratado, debería considerarse la aparición de nuevas normas consuetudinarias, que evidentemente no existían al momento de la redacción del mismo. Incluso tenía, en ese mismo artículo, el mismo tratamiento que un acuerdo posterior celebrado entre las partes, o la práctica subsecuente.⁴¹⁵ Como es conocido, al final la referencia a la costumbre no quedó formalizada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Por último, constatar o verificar una norma de costumbre internacional puede servir ampliamente para iluminar la obscuridad del texto de una convencional. En efecto, ante la obscuridad del término, la costumbre acreditada sirve como referencia en la que la interpretación del tratado no puede ir en contra de ella misma. Lo contrario también es cierto, el texto puede ser uno de los factores determinantes cuando se esté frente la acreditación de la costumbre.⁴¹⁶

Ahora bien, además de la costumbre y los tratados pueden ser objeto de interpretación todas las normas jurídicas internacionales, siempre que hayan sido creados por los medios establecidos por el propio derecho; y por supuesto expresados en un lenguaje jurídico. De aquí podría decirse que están los actos unilaterales de los Estados y las decisiones judiciales, así como algunas decisiones de organizaciones internacionales que ingresan completamente al discurso jurídico (piénsese por ejemplo en las Resoluciones del Consejo de Seguridad realizadas bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas). En cambio, no puede interpretarse jurídicamente aquello que no es derecho. De la misma manera que no podemos aplicar el criterio de interpretación del

⁴¹⁴ De Visscher, Charles, *Théories et Réalités ...*, cit., p. 476.

⁴¹⁵ "Pour l'interprétation, à un moment déterminé, des termes d'un traité conformément aux articles 70 et 71, il doit être tenu compte a) De l'apparition de toute règle de droit international coutumier postérieure au traité, ...", Citado por Sur, Serge, *op. cit.*, p. 409; Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, p. 53.

⁴¹⁶ Debido, además, a una fuerte conexión entre la determinación de la costumbre internacional y los textos escritos, es que pueden referirse las reglas de interpretación cuando se habla de costumbre internacional. Cfr. Treves, Tullio, "Customary International Law", *cit.*, párrs. 2 y 3.

Pentateuco, o el del Sermón del Monte,⁴¹⁷ al tipo penal “acoso sexual” del Código Penal del estado de Veracruz, o al contrato de préstamo⁴¹⁸ celebrado entre dos mexicanos, no podemos aplicar criterios de interpretación jurídica a aquello que no es derecho. O sea, hay un error de método si se interpreta, por ejemplo, el *soft law*, algo que no es derecho, a partir de herramientas jurídicas, y luego se pretende hacer valer como obligatorio. Lo cual no quiere decir, que el propio *soft law* contribuya a la formación de una norma internacional, pero en ese caso, la que se podría interpretar es la norma jurídica.

Así pues, cuando los tribunales internacionales han utilizado las reglas de interpretación diseñadas especialmente para tratados, entendidas ahora como normas de costumbre internacional⁴¹⁹ y recogidas en la Convención de Viena de 1969, han estado dirigidas a normas jurídicas que constan por escrito. Por ejemplo, así razonó la CIJ en la Opinión Consultiva sobre la situación de Kosovo,⁴²⁰ y aplicó las reglas de interpretación de tratados a las resoluciones del Consejo de Seguridad, así como el Tribunal Internacional del Mar respecto de reglamentos de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos en buena medida porque fueron adoptados en un procedimiento similar al de los tratados.⁴²¹ El panorama así ampliado parece tener los límites siguientes: se interpretan con base en la regla estipulada en la CVDT de 1969 el derecho internacional escrito, en el que puede incluirse las decisiones vinculantes de las organizaciones internacionales, o

⁴¹⁷ “Oyeron que fue dicho: No cometerás adulterio. Pero yo les digo que cualquiera que mira a una mujer para codiciarla, ya adulteró con ella en su corazón. Por tanto, si tu ojo derecho te es ocasión de caer, sácalo, y échalo de ti; pues mejor te es que se pierda uno de tus miembros, y no que todo tu cuerpo sea echado al infierno. Y si tu mano derecha te es ocasión de caer, córtala, y échala de ti; pues mejor te es que se pierda uno de tus miembros, y no que todo tu cuerpo sea echado al infierno.” Mateo 5: 27 – 30.

⁴¹⁸ “Al que te pida, dale; y al que quiera tomar de ti prestado, no se lo rehúses. Oyeron que fue dicho: Amarás a tu prójimo, y aborrecerás a tu enemigo. Pero yo les digo: Amen a sus enemigos, bendigan a los que los maldicen, hagan bien a los que los aborrecen, y oren por los que los ultrajan y persiguen;” Mateo 5: 42 – 44.

⁴¹⁹ Cfr. Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I. J. Recueil 1994, p. 41. Si bien aquí la Corte reconoce que Convención de Viena había reconocido como costumbre, desde ya, la regla de interpretación de tratados. Lo cual no parece ser cierto a la luz de las relatorías analizadas.

⁴²⁰ *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)*, I.C.J., 22 July 2010, párr. 94;

⁴²¹ Tribunal International du Droit de la Mer, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d’activités menées dans la zone*, Avis consultatif, le 1er février 2011, No. 17, párrs. 59 – 60.

aquellos documentos que se celebren de acuerdo a un procedimiento similar al de los tratados.

Valdría por último hacer un comentario sobre la interpretación de las propias interpretaciones, esto es, de las decisiones judiciales internacionales. Así como se prevé por los propios estatutos y reglamentos de los órganos judiciales,⁴²² la demanda de interpretación del fallo del órgano judicial tiene por objeto clarificar un posible desacuerdo sobre su sentido o su alcance. Los órganos jurisdiccionales realizan una interpretación auténtica sobre lo que ellos mismos han resuelto.

Debido a la importancia que los tribunales o las cortes han adquirido en el mundo, es necesario que construyan sus resoluciones con base en sólidas concepciones teóricas, y al mismo tiempo, exentas de ambigüedades y contradicciones. En la medida en que esto sea posible, el tránsito hacia el gobierno de los jueces internacionales (de derechos humanos), de ser indispensable e inevitable, será más rápido y con mayor firmeza. En la debilidad en sus argumentos, aunque “progresistas” les puede ir la vida a los tribunales internacionales.

Al respecto, ya en la propia Corte Permanente de Justicia Internacional, había disidencia sobre el objeto y los límites a la interpretación del fallo, por ejemplo, Anzilotti⁴²³ sostenía que el objeto debía restringirse a la parte dispositiva de la decisión, la cual además, era la obligatoria para las partes en proceso.⁴²⁴ Pero la misma Corte admitió que la parte “considerandos”, era necesaria para entender, a su vez, a la parte dispositiva, y era ésta la que adquiriría, en todo caso, el carácter de cosa juzgada. La interpretación del fallo constituye en los órganos judiciales internacionales solamente una decisión declarativa, que se mueve por el interés de la certeza jurídica para las partes. En tanto

⁴²² Véanse, por ejemplo, los artículos 98 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (60 de su Estatuto), 79 del Reglamento del TEDH (46.3 del Convenio Europeo), 68 del Reglamento de la Corte IDH (67 de la CADH).

⁴²³ Opinión Dissidente de M. Anzilotti, *Interprétation des arrêts nos. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, CPJI, Recueil des arrêts, Serie A, No. 13, le 16 décembre, 1927, pp. 23 – 24.

⁴²⁴ *Interprétation des arrêts nos. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, CPJI, Recueil des arrêts, Serie A, No. 13, le 16 décembre, 1927, pp. 11 – 12;

interpretación auténtica judicial, los jueces no pueden modificar el sentido del fallo, sino solamente esclarecerlo.⁴²⁵

Como terminación de este apartado debe decirse pues que el objeto de interpretación en el derecho internacional está determinado por todo aquello que el propio derecho considere como norma: principalmente los tratados, pero al lado de ellos la costumbre, los actos de los Estados, las resoluciones vinculantes de las organizaciones internacionales, las decisiones judiciales, en suma, aquella que se repute producido por una fuente formal del derecho internacional.

3.4 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: SUS INTÉRPRETES.

El derecho internacional, como cualquier derecho, puede ser interpretado por todas las personas que deseen hacerlo.⁴²⁶ Quien se interese en el derecho, podrá, acercarse a él e interpretarlo. Sin embargo, sus opiniones no serán válidas, pues el mismo discurso establece quién debe interpretar o quién puede ejercer cierta influencia en la interpretación. Se ha entendido que categorías tradicionales respecto del sujeto que interpreta (esto es, del intérprete) pueden estar dentro de las interpretaciones auténtica, judicial, doctrinal, u oficial (respecto de esta última, dado que refiere la interpretación hecha por un órgano inferior y distinto al que creó la norma, es más útil para el estudio de interpretaciones de leyes internas, no así del derecho internacional).⁴²⁷

Si la interpretación es realizada por los autores de la norma, entonces estamos frente a una interpretación auténtica. No obstante, la obligatoriedad de la interpretación no dependerá en sí de quién la realice, sino de lo que el propio derecho establezca. Así, por supuesto, será obligatoria la interpretación auténtica, pero también la que realice un

⁴²⁵ Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire ...*, cit., pp. 253 – 259.

⁴²⁶ *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, Avis consultatif*: C. I. J. Recueil 1950, Opinion dissidente de M. Álvarez, p. 15.

⁴²⁷ Cfr. Tarello, Giovanni, "L'interpretazione della ...", cit., pp. 49 -56; También puede verse la propuesta de tipos de interpretación que propone Wroblewski entre interpretación operativa (la que realiza el órgano aplicador del derecho), la doctrinaria (realizada en el proceso de sistematización del derecho) y la obligatoria (realizada por autoridades competentes y vinculante para un determinado número de destinatarios). Cfr. Wroblewski, Jerzy, "Creación del derecho e interpretación", en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1983, pp. 477 – 478.

tercero (el mismo juez internacional) habiéndose cumplido los requisitos necesarios para ello.⁴²⁸

La Corte Permanente de Justicia Internacional, cuando resolvió la cuestión de la línea fronteriza entre Checoslovaquia y Polonia, acabada la Primera Guerra, sostuvo que la interpretación auténtica solamente le pertenece a quienes tienen el poder de modificar la norma o suprimirla.⁴²⁹ Y dicha interpretación puede realizarse por una definición en el tratado, por un acuerdo posterior, o una práctica uniforme que evidencie el acuerdo recíproco sobre el entendimiento de un texto.⁴³⁰ En efecto, la interpretación de los Estados se da por otro acuerdo de voluntades, o a través de una conducta que permita, sin duda, otorgarle a una norma un sentido distinto, irrefutable e indudable, a aquel que habían anteriormente elaborado. Así, los Estados pueden, de forma auténtica, contemporánea⁴³¹ y tácita, modificar el alcance de una cláusula convencional.⁴³²

Ahora bien, dentro de la interpretación auténtica aparecen la interpretación unilateral, si quien realiza la interpretación es un solo Estado que ha participado en la creación de la norma, aunque la realmente auténtica es la que se realiza de manera colectiva o bilateral.

La interpretación auténtica unilateral en el derecho internacional puede ejemplificarse claramente a través de una “declaración interpretativa”, las cuales permanecieron durante mucho tiempo en una especie de penumbra pues los Estados las utilizaban y hacían con ellas reservas encubiertas.⁴³³ La CDI, en 2011, adoptó la *Guía de la*

⁴²⁸ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 252 – 254.

⁴²⁹ “..., suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer;” CPJI, *Affaire de Jaworzina (Frontière Polono – Tchecoslovaque)*, Serie B, No. 8, Avis Consultatif, Le 6 décembre 1923, p. 34.

⁴³⁰ Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire...*, *cit.*, pp. 20 – 21.

⁴³¹ Así lo dice la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuando resuelve las facultades de la Organización Internacional del Trabajo. Afirma la CPJI que hace falta revisar la práctica que las propias Altas Partes Contratantes han hecho respecto de los límites de la OIT. Cfr. CPJI, *Compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, Avis Consultatif du 23 juillet, 1926, Serie B, No. 13., p.19.

⁴³² Cfr. Bentivoglio, Ludovico M., *op. cit.*, p. 109.

⁴³³ Afirma Sur que incluso cuando una reserva esté prohibida por el tratado, no es obstáculo para que un Estado pueda válidamente interpretarla, pues el efecto de ambos actos, es distinto. Además, el Estado es

Práctica sobre las Reservas a los Tratados, y enfatizó la diferencia entre una reserva y una declaración interpretativa. No obstante, ambas constituyen declaraciones unilaterales de sujetos de derecho internacional (Estados u organizaciones internacionales), los efectos que se producen son distintos, así como los procedimientos para su validez.⁴³⁴ Una declaración interpretativa, afirma la Comisión, es “una declaración unilateral, cualquiera que sea su forma o su designación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la cual este Estado o esta organización, precisa o clarifica el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.”⁴³⁵ Tal como su denominación lo establece, este acto constituye un acto de interpretación; y como tal, según la CIJ, que se pronunció sobre la interpretación de sus propias sentencias, solamente se clarifica el sentido, o cuando no hay duda sobre él, se determina su alcance.⁴³⁶ Es evidente que cuando la Corte Internacional razona como lo hizo está pensando en una norma como un acto de voluntad, y no solamente como un enunciado normativo.

La declaración interpretativa que es aceptada por el otro Estado, cuando se trate de tratados bilaterales, se entiende como interpretación auténtica; y además, para evitar cualquier controversia posterior, la CDI propone alternativas a la declaración interpretativa: las definiciones legales, o acuerdos posteriores.

soberano para hacerlo. Cfr. Sur, Serge, “L’interprétation en Droit International Public”, en Amselek, Paul (coord.), *Interprétation et Droit*, Presses Universitaires, Bélgica, 1995, pp. 156 – 157.

⁴³⁴ Una reserva y una declaración se distinguen por la voluntad de quien las realiza, la cual debe ser considerada de buena fe. Mientras una reserva está encaminada a excluir o modificar el efecto jurídico de algunas disposiciones del tratado, solamente respecto de quien la realiza, una declaración interpretativa fija el sentido o su alcance. Esto que reafirma la Comisión y pareciera claro, queda mejor entendido por el derecho que tienen los Estados a formular una aprobación, una oposición o una recalificación a las declaraciones interpretativas. Parece que así quedaría superada la posibilidad de que un Estado oculte en una interpretación unilateral, su voluntad de excluir o modificar la aplicación de una parte del tratado. Cfr. ILC, “Guide de la pratique sur les réserves aux traités”, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II(2), párrs. 1.1, 1.3, 1.3.1, 2.9.1 – 2.9.9.

⁴³⁵ “L’expression «déclaration interprétative» s’entend d’une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d’un traité ou de certaines de ses dispositions.” ILC, “Guide de la pratique sur les réserves aux traités”, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II(2), párr. 1.2.

⁴³⁶“En ce qui concerne la dernière condition, la Cour est d’avis que, par l’expression “interprétation”, il faut entendre l’indication précise du “sens” et de la “portée” que la Cour a entendu attribuer à l’arrêt en question, ...” CPJI, *Interprétation des Arrêts Nos. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, Serie A, No. 13, le 16 décembre 1927, p. 14.

Por otro lado, la interpretación no auténtica es realizada por un tercero, en donde quedan incluidos los jueces internacionales y los representantes de las organizaciones internacionales. La función principal de los jueces es, por antonomasia, decir el derecho, y decirlo prudentemente. De ahí que se hable de la “jurisdicción” de los jueces y que el resultado de su tarea principal sea la jurisprudencia.⁴³⁷ La función judicial internacional puede tener dos grandes escenarios de acción: las opiniones consultivas y los casos contenciosos. En ambos, buena parte de su papel es interpretar la norma jurídica, pero en el caso de las opiniones consultivas, su papel de autoridad está absolutamente limitado, mientras que en casos contenciosos, adquiere la categoría de cosa juzgada, al menos para el caso que se resuelve.⁴³⁸

El juez aparece cuando no hay interpretación auténtica, o lo que es lo mismo, cuando aparece una controversia, y está llamado a resolverla. Esto es, la interpretación judicial u operativa siempre está ligada a un caso concreto y el juez no puede, bajo pretexto de *non liquet*, de obscuridad o de falta de claridad, desatender un asunto que esté en sus manos. Deberá, en todo caso, interpretar. Otra cosa es, por ejemplo, los temas de política judicial internacional, donde un órgano jurisdiccional podrá válidamente analizar si resuelve una cuestión planteada a partir de elementos de derecho, o si le ha sido ocultado en ellos, verdaderos intereses políticos de las partes en la controversia, o incluso en opiniones consultivas.

En este apartado, al lado de la interpretación auténtica y judicial, no puede dejar de mencionarse la influencia de los profesores como intérpretes de la norma.⁴³⁹ A diferencia de otros litigios, como por ejemplo los realizados en la Corte IDH, en los procesos ante la CIJ, incluso en su antecesora, quienes representaban a los Estados,

⁴³⁷ Hay otro sentido de la jurisprudencia como ciencia. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho... cit.*, pp. 229 – 268.

⁴³⁸ El siguiente capítulo abordará con mucha mayor precisión el alcance de la función judicial internacional, en general, y el de las opiniones consultivas y casos contenciosos en particular. De cualquier forma, puede verse Sur, Serge, “L’interprétation en Droit International Public”, en Amselek ..., *cit.*, p. 159.

⁴³⁹ “... à côté du droit conventionnel, il y a le droit coutumier et surtout la doctrine des juristes, lesquels ont non seulement facilité l'établissement des coutumes mais ont formulé des règles qui ont été suivies par les États.” Opinion dissidente de M. Álvarez, *cit.*, p. 13.

además de los diplomáticos de carrera son los profesores universitarios principalmente de derecho internacional. Incluso hay una larga tradición de profesores que llegaron a ser integrantes de la CDI de las Naciones Unidas o jueces de la Corte Internacional. En todos los casos, sus interpretaciones, si bien no obligatorias según las reglas del derecho, sí son de importancia para la determinación del derecho aplicable.

En efecto, el derecho internacional le da un lugar especial a la opinión de los publicistas como medio auxiliar en la búsqueda del derecho aplicable para la solución de una controversia internacional (artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia),⁴⁴⁰ pues siendo profesores, aportan herramientas lúcidas para los que pueden crear una norma, o aplicarla. Y como afirma el que fuera juez de la CIJ, Manfred Lachs⁴⁴¹ (de origen polaco), aunque frecuentemente de forma invisible, el impacto del profesor ha sido importante en la construcción del derecho internacional.⁴⁴²

3.5 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: SUS MÉTODOS. EL REINO DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Se ha analizado hasta aquí el objeto de la interpretación en el derecho internacional y sus intérpretes. Toca ahora revisar los métodos de los que se valen estos para realizar su actividad. La literatura jurídica respecto de este tema es amplia y no

⁴⁴⁰ Si bien en las versiones española y francesa del Estatuto la palabra que aparece es *doctrina* y *doctrine* respectivamente, para este caso, la versión en inglés es mucho más expresiva, pues utiliza el vocablo *teachings*, que tiene su origen en la actividad del *teacher*, del docente. En español, por ejemplo se utilizan más los vocablos de profesor o maestro, para quien realiza la actividad de enseñar.

⁴⁴¹ El curso de Manfred Lachs en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, se denominó *Teachings and Teaching of International Law*, y aunque puede consultarse en *Recueil de Courses*, de 1976, fue publicado también el libro *The teacher in International Law*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 258 p. Este último texto es la referencia que se usó para la elaboración de este trabajo.

⁴⁴² Piénsese, por ejemplo, en la galería presentada por Machs: que comienza, como primera etapa, en la Escolástica española (Vitoria y Suárez), Gentili y Grocio. La segunda etapa la construyen los profesores de la Ilustración, donde destacan Pufendorf, Wolff, Van Bynkershoek, Emer de Vattel. La tercera corresponde a quienes enseñaron en el tiempo de la expansión imperial (a partir del Congreso de Viena, 1815 y hasta la Primera Guerra): Klüber, Heffter, Bonfils, Pillet, Jellinek, Triepel, Bello, Calvo. Y la generación de profesores del siglo XX: Kelsen, Verdross, Anzilotti, Scèlle, Guggenheim, Gidel, Huber, De Visscher, Lauterpacht, Jenks, Quincy Wright, Fitzmaurice, Ulloa, Podesta Costa (estos últimos son los únicos latinoamericanos de la última etapa) y muchos otros.

sistematizada, de ahí que puede parecer arbitrario hablar solo de algunos métodos, a los que llamaremos indistintamente principios, cuando en realidad la lista sería mucho mayor. Así, la selección obedece primeramente, a lo que se encuentra establecido en la misma CVDT, y también, a la práctica judicial internacional reciente sobre todo en derechos humanos.

Referirse a métodos de interpretación es toparse con un acabado caleidoscopio jurídico, sobre todo por las deficiencias normativas del derecho internacional que producen una libertad judicial, y a veces ausencia de contención en el manejo del discurso jurídico. En un estudio mucho mayor, sería indispensable, por ejemplo, revisar las reglas de interpretación que Vattel aludía y que constituyen una magnífica referencia histórica (aun cuando Lauterpacht lo señala como circunstancial) sobre cómo deben interpretarse las normas internacionales, o cómo, influenciado por el positivismo jurídico, en el derecho internacional se transitó al juego de las interpretaciones restrictivas o extensivas, para terminar en el marco general de la CVDT. Dar cuenta de todo ese movimiento rebasaría los límites del trabajo propuesto, ya que apenas plantea las líneas de lo que debería ser una investigación mucho mayor.⁴⁴³ Nuestra tesis es utilizar la estructura de la Convención de Viena en materia de interpretación de tratados para medir la interpretación de la función judicial. Y si bien la CVDT incluye el paraguas del objeto y fin del tratado para interpretar un texto, solamente nos referiremos, derivado de esa interpretación teleológica, a los principios restrictivos o extensivos, al efecto útil, a la interpretación evolutiva, a la interpretación conforme y al principio pro persona, además, por supuesto del literal que descansa en el artículo 31.

Así, si hemos dicho que la interpretación puede ubicarse dentro de dos actividades, como de conocimiento (así voluntarista - subjetivista u objetivista) y como creativa, los métodos utilizados están a disposición de los intérpretes para conseguir una o la otra. Cabe aquí ser claro: la interpretación evolutiva, por ejemplo, puede ser una

⁴⁴³ En lengua francesa destaca, por mucho, el excelente trabajo (aunque el subtítulo lo presenta como un bosquejo, es una obra de amplísimo alcance) que ha realizado Roberto Kolb no sólo desde la perspectiva teórica, sino también desde la práctica judicial internacional. *Cfr.* Kolb, Robert, *op. cit.*

manera de obedecer a la voluntad de quien creó la norma (voluntarista), pero también, a favor de una asignación libre del juez (creativa). El método de interpretación literal, sigue, según lo que hemos establecido de Convención de Viena, la voluntad de las partes, pero también puede seguirse la postura objetivista que le otorga un sentido autónomo.

Por último, hay ciertas parejas de métodos de interpretación que son contradictorias entre sí, como el contemporáneo (o histórico) y el temporal (o evolutiva), que evidentemente no pueden ser utilizadas en la misma operación. Algunos teóricos, entre ellos Guastini,⁴⁴⁴ por otro lado, distinguen entre la interpretación literal y la correctora. En cualquier caso, no se puede seguir una clasificación exacta y precisa, totalizadora, digamos, de los métodos de clasificación, sino solamente aportar bases para su estudio y su correcta aplicación por los intérpretes. Y en cualquier caso, ninguno de los métodos analizados forman un rígido cuerpo normativo; al contrario, la bondad del derecho internacional radica también en el movimiento de sus intérpretes.⁴⁴⁵

3.5.1 LA INTERPRETACIÓN LITERAL E INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA (CORRECTORA).

Se dice bien que el derecho internacional está determinado por una interpretación subjetiva, esto es, la búsqueda de la intención de quienes crearon la norma. Interpretar el derecho internacional significa, por tanto, identificar la voluntad de los Estados o de las organizaciones internacionales, si las normas son los tratados. Una de las características comunes entre el derecho internacional y el derecho nacional es que, así se hable de contratos, de leyes, o de tratados, lo que se tiene en frente son actos que representan la voluntad final de personas encargadas de hacerlo.⁴⁴⁶

En realidad, si se sigue que hay interpretación literal y correctora, ésta aparece en la medida que ayuda a “corregir” el texto. En la Convención de Viena, en el artículo 31.1, la referencia es a ambas, aun cuando no dice expresamente correctora, sino “conforme al

⁴⁴⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa – UNAM, 2000, pp. 25 – 55.

⁴⁴⁵ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, p. 262.

⁴⁴⁶ Cfr. Lauterpacht, H., “Les travaux préparatoires et l’interprétation des traités”, *RCADI*, Vol 48, (1934 – II), pp. 780 – 781.

objeto y fin del tratado”; que también se conoce como interpretación teleológica, y que no está libre de ambigüedades e incertidumbres.

Hemos dicho ya que el texto no tiene un sentido objetivo, sino aquel que las partes le han querido otorgar. De ahí que se afirme que cualquiera de los dos métodos señalados en CVDT, debe ser entendido como una actividad de conocimiento – voluntarista, pues tratará de descubrir la voluntad de las partes, ya sea a partir del texto, o a partir del objeto y fin que han querido darle al tratado. Además, una interpretación teleológica debe superar, primero, la pregunta de qué entiende el intérprete como objeto y fin del tratado, y eso mismo ya es una tarea subjetiva.

Ahora bien, la interpretación del texto no priva automáticamente sobre la teleológica, pues ambas pertenecen a una misma regla de interpretación compleja. Tampoco debe seguirse una posición en la que la interpretación literal es superficial y la teleológica profunda y por tanto, debe preferirse ésta.⁴⁴⁷ Sin embargo, sí es cierto que el texto del tratado constituye una referencia fundamental, pues en él vive la voluntad de las partes; esto es, la interpretación literal es profunda y compleja en la medida que busca la intención de los creadores en el texto. Los trabajos de los relatores especiales de la CVDT dan fe que recurrir al texto no significa que se tenga un significado objetivo, sino aquel que las partes le dieron; o sea, subjetivo. De ahí el énfasis en afirmar que se podrá asignar un significado distinto al corriente, solamente si consta que esa ha sido la voluntad de las partes (artículo 31.4). Así, los intérpretes se acercan al texto porque constituye una evidencia de la intención de las partes.⁴⁴⁸

Digamos de otra manera lo que esto significa: uno puede válidamente afirmar que *ab initio*, no se busca la intención de las partes, sino el significado del texto; pero esto sólo es posible en razón de que ahí está la intención de las partes. Es más, el texto puede

⁴⁴⁷ Puede hablarse, afirma Twining y en atención a la postura de los teólogos, de interpretación o exégesis cuando se atiende el texto, en cambio de hermenéutica, cuando se busca la verdad espiritual que se encuentra detrás del texto. No obstante lo sugerente que puede parecer acercarse al texto jurídico distinguiendo entre exégesis y hermenéutica, tal distinción no puede seguirse en lo que hemos entendido como interpretación. Tampoco, por tanto, podría pensarse que la interpretación literal, la exégesis es superficial, y la hermenéutica es profunda. Cfr. Twining, William, y Miers, David, *op. cit.*, pp. 223 – 225.

⁴⁴⁸ Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, p. 54;

ser visto, desde esta perspectiva, como interpretación auténtica, que resulta ser, según quien realiza la interpretación, la de mayor peso.⁴⁴⁹

Ahora bien, el hecho de recurrir a la interpretación literal (o también llamada método lógico – gramatical) no es tampoco una operación sencilla, ni mucho menos absolutamente arbitraria o eminentemente cerrada. La CVDT trazó un camino difícil, donde para realizarla hace falta recurrir al significado corriente en el contexto, y teniendo en cuenta el objeto y fin. Quien interprete literalmente un tratado no está llamado a esclavizarse en el texto sino a liberarse de él a partir del contexto, de lo que queda entendido por contexto, y además, a partir de la interpretación teleológica. Se busca pues un equilibrio justo entre las palabras empleadas y lo que las partes han buscado atender.⁴⁵⁰

Anzilotti, a quien se le tiene considerado como juez mucho más atento a la literalidad, planteó la relación entre objeto y fin y el texto de manera extraordinaria en su opinión disidente sobre la interpretación de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de Mujeres, de 1919, al establecer que no hay forma de atribuirle significado a un texto, sino hasta conocer para qué fue inserto en una determinada convención.⁴⁵¹ De ahí que primero es necesario establecer el objeto y fin del tratado y luego descubrir por qué las partes utilizaron ese, y no otro, término. En tal caso, Anzilotti se separó de la mayoría de la Corte, adoptó una interpretación teleológica, pero que al mismo tiempo, era restrictiva. En cambio, el resto de los jueces afirmaron que era necesario encontrar una negativa expresa para que la Convención referida no se aplicara a mujeres que realizaran funciones de supervisión. Este apasionante debate demuestra que la interpretación teleológica no siempre se ubica en una intención evolutiva, fuera de la voluntad de los Estados, sino acorde a ella, pero también que el texto no es una interpretación automática, fuera del objeto para el que fue creado.

⁴⁴⁹ Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, p. 56.

⁴⁵⁰ *Cfr.* De Visscher, *Problèmes d'interprétation ...*, *cit.*, p. 62.

⁴⁵¹ CPJ, *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Avis Consultatif du 15 novembre 1932, Opinion dissidente de M. Anzilotti, p. 383.

Por si fuera esto poco, la CVDT deja una puerta abierta sobre los métodos que se pueden utilizar para conseguir la interpretación teniendo en cuenta el objeto y fin. De ahí que digamos que, aunque no expresamente, sino bajo la protección de la interpretación correctora, puede hacerse uso válido de los principios del efecto útil, *in dubio mitius* o interpretación extensiva, interpretación evolutiva y práctica subsecuente, pro persona, entre otros.

Por último, vale advertir que un intérprete no podrá ajustarse solamente al texto de un tratado, si éste ha quedado en desuso, sólo porque tiene un sentido “objetivo”. Al contrario, en la medida que no lo tiene, debe acudir a los otros medios que “corrigen” el texto y dejan a salvo los derechos y las obligaciones que al inicio habían tenido los creadores de la norma.

En materia de derechos humanos, o en los tratados en los que los Estados no sólo crean derechos y obligaciones entre ellos sino también a terceros sujetos (por ejemplo, el individuo), la interpretación literal puede ir en contra de ellos, pero a favor de los creadores. Esta situación puede salvarse, como se verá más adelante, si se justifica (o se argumenta) que los Estados quisieron darle un mayor alcance al texto, si se trata de un término intrínsecamente evolutivo, o si basta el objeto y fin del tratado para otorgar mayor protección o mayor restricción, al otro sujeto.⁴⁵²

Lo que no puede hacerse es crear derechos a partir de un “nuevo” texto interpretado; o sustituir una norma por otra bajo el amparo de la insuficiencia del texto; o propiciar una actividad de imaginación pretoriana, en perjuicio no solamente de la voluntad del legislador sino sobre todo del diseño institucional internacional, que sigue principalmente regulando relaciones entre Estados. Esto tampoco significa, si se lee en forma restrictiva, que el juez queda atado de manos, porque debe dar constancia de cómo un término queda superado por la voluntad de los Estados expresada alrededor del tratado, o por el desarrollo progresivo del derecho internacional (esta última frase no es

⁴⁵² En realidad, ha sido el derecho internacional de los derechos humanos el que ha utilizado con profusión la interpretación conforme al objeto y fin del tratado y ha hecho una fuerte construcción del texto del tratado. *Cfr. Dubout, Edouard, op. cit., p. 385.*

otra cosa sino revisar la actuación de los actores internacionales, pues al final son ellos quienes lo desarrollan).

Revisaremos a continuación aquellos métodos que se pueden ubicar dentro del rubro de la interpretación teleológica, pero basados, por supuesto, en el texto a interpretar.

3.5.2 INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: EXTENSIVA, RESTRICTIVA (*IN DUBIO MITIUS*).

En el análisis de la interpretación de tratados, rige como premisa necesaria, la buena fe de los intérpretes; o sea, la regla *pacta sunt servanda*. Lo contrario aunque absurdo debe decirse: un intérprete no puede utilizar su función, sobre todo si su labor tiene un peso determinado en el discurso jurídico, como los jueces, a partir del engaño y de intenciones deshonestas, esto es, la mala fe. No debe buscarse sino el cumplimiento del derecho, las obligaciones a las que válidamente un Estado ha aceptado frente a otro sujeto de derecho internacional. Así, una de las consecuencias de interpretar de buena fe un tratado, es hacerlo eficaz; pues los Estados actúan de buena fe en la medida que cumplen las normas que se encuentren en vigor.⁴⁵³ Dicho de otra forma, la buena fe dentro de la regla de interpretación orienta el cumplimiento de la obligación según lo que voluntariamente se ha expresado en un tratado. Es en esta concepción de la buena fe del intérprete donde el acordeón de un significado del texto puede moverse extendiéndose o reduciéndose según se ajuste al objeto y fin del tratado.

Así pues, dentro de la interpretación conforme al objeto y fin de un tratado un texto puede parecer demasiado estrecho para alcanzarlo o demasiado amplio que lo rebasa. El intérprete, según sea el caso, deberá extender el significado del término hasta conseguir el fin, o reducirlo hasta igualarlo. Se habla entonces de una interpretación teleológica extensiva o restrictiva. Evidentemente este método de interpretación no será utilizado cuando el primer significado del texto concuerde con el objeto y fin del tratado. En esta operación, debe vencerse la posible ambigüedad del objeto del tratado y luego, la que le pertenezca al término.

⁴⁵³ Cfr. Ehrlich, Ludwik, *op. cit.*, p. 81.

Si el intérprete advierte la inconsistencia entre el objeto y el texto entonces deberá adoptar una posición personal: preferir el texto o preferir el objeto.⁴⁵⁴ Esta operación de cualquier forma no es fácil pues presume que el propio intérprete conoce su situación y la define. La operación extensiva más que la restrictiva, semeja una acción legislativa judicial cierta donde el operador jurídico prefiere el objeto más que el texto y necesita sumar elementos para el crecimiento del significado; en contra, deberá quitar capas, o evitar términos, si de lo que se trata es de reducirlo.

En el derecho internacional exclusivo entre Estados, se refería a la máxima *in dubio mitius* cuando la interpretación restrictiva se utilizaba en favor de los Estados, reduciendo el alcance de una carga pesada. La soberanía estatal solía ser la base para quitarle elementos favorables a la contraparte, en beneficio del otro Estado.⁴⁵⁵ Sin embargo, esta operación no se encuentra claramente expresada en la CVDT ni tampoco en la práctica judicial reciente.⁴⁵⁶

En la interpretación extensiva se buscan incluir nuevos elementos al texto como si los autores hubieran querido incluirlos desde siempre que se originó el tratado. Se piensa por ejemplo en los alcances del artículo 103 de la Carta de la ONU, sobre si debe incluir al derecho consuetudinario o incluso al *ius cogens*. Es evidente que el texto no alcanza ninguno de ellos, sin embargo, la interpretación extensiva establecerá que de la misma manera que los Miembros de la ONU no pueden ir en contra de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta, tampoco podrán adoptar otro tipo de tratados contrarios a normas consuetudinarias (el argumento utilizado para justificarlo sería el de la analogía).

Así también, cuando la Corte IDH sostuvo que dentro del derecho al debido proceso era necesario incluir, por ejemplo, los derechos a no inculparse y a declarar en presencia de un abogado, corresponden más a una interpretación extensiva del artículo 8,

⁴⁵⁴ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, p. 572.

⁴⁵⁵ Cfr. Crema, Luigi, "Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)", *EJIL*, Vol. 21, No. 3, pp. 681 – 700.

⁴⁵⁶ Cfr. Herdegen, Matthias, "Interpretation in International Law", *cit.*, párrs. 28 – 29.

que a una interpretación evolutiva (si bien la frontera es tenue y ambas se encuentran dentro de la interpretación conforme al objeto y fin del Pacto de San José).⁴⁵⁷ Por otro lado, el órgano judicial de derechos humanos europeo (primero la había usado la extinta Comisión), maneja una bisagra que abre y cierra en favor del Estado, a través del margen de apreciación nacional, que no termina por concluir en qué momentos y cómo debe utilizarlo, sobre todo cuando es un argumento de defensa recurrente por los Estados.⁴⁵⁸ En cualquier caso, este margen de apreciación permite tasar las restricciones de derechos o libertades en beneficios de beneficios colectivos que son valorados por el Estado.⁴⁵⁹

Esto demuestra que la interpretación teleológica, cuando trata de extender o reducir no es exactamente unívoca, sino que abunda un margen de discrecionalidad para el juez que puede, personalmente, hacer valer su propia visión del derecho aplicado a un caso. Este tipo de discrecionalidad puede percibirse de mejor forma en decisiones de derechos humanos, no sólo por las violaciones que suelen presentarse en casos de dictaduras o de uso de la fuerza militar, sino también por la convicción personal de los jueces y sus valores. A ellos apuntaremos en el cuarto capítulo.

3.5.3 INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: EL EFECTO ÚTIL.

Según el principio del efecto útil, el intérprete debe seleccionar entre un significado que produce la frustración o el otro que produce el éxito de un término. En el *principle of effectiveness* o *l'effet utile*, según la CIJ y luego otros tribunales internacionales,⁴⁶⁰ así como algunos teóricos,⁴⁶¹ queda recogida la locución latina *ut res magis valeat quam*

⁴⁵⁷ Cfr. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16 párr. 117.

⁴⁵⁸ Cfr. El primer caso donde el Tribunal Europeo utiliza la frase “margen de apreciación” es en TEDH *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, párr. 207, si bien ya había resuelto la no sustitución de las autoridades nacionales bajo el principio de subsidiariedad, en el caso *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, 23 de julio de 1968, párr. ; Ver también, García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 107 y ss.

⁴⁵⁹ Cfr. Sweeney, James A., “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005, p. 462.

⁴⁶⁰ Cfr. ICJ, Reports, 1950, p. 229; TEDH, *Affaire Klass et autres c. Allemagne*, (Requête no 5029/71), Arrêt 6 septembre 1978, párr. 34.

⁴⁶¹ Herdegen, Matthias, “Interpretation in International Law”, cit., párr. 30; Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure ...*, cit., pp. 355 – 358.

pereat, que en realidad atiende más al propósito y fin del tratado, y por tanto, el efecto útil constituye una subcategoría del método de interpretación teleológico.

El Relator Waldock previó una confusión en el uso del principio de efectividad, pues aseguró que se usaba indistintamente como interpretación extensiva o teleológica; fue por ello, según explica, que era necesario ajustar *l'effet utile*, a la intención de las partes, pues no podía ser utilizado para la creación de una obligación internacional nueva.⁴⁶² Dicho principio, en todo caso, debería ir ajustado o contenido al sentido ordinario y natural de los términos empleados y al objeto y propósito del tratado. En la redacción que se proponía en el artículo 72, la interpretación efectiva de los términos de un tratado incluían: 1. otorgar el mayor peso y efecto posibles, de acuerdo a 2. el objeto y fin del tratado; y 3. con el sentido normal de las palabras y de acuerdo a los otros términos del tratado.⁴⁶³ Difícil encontrar un artículo tan amorfo y mal determinado, como el referido, pues al querer ser incluyente termina por mezclar una serie de “ingredientes” en la interpretación que no corresponden a la esencia del principio del efecto útil. Dicho artículo no quedó en la redacción final de CVDT.

Con mayor claridad puede decirse que este método de interpretación tiene como punto de partida la existencia de al menos dos posibles sentidos para una misma palabra; en el que uno de ellos es más útil que el otro.

Según Kolb,⁴⁶⁴ el efecto útil puede ser entendido desde dos direcciones: A. si es el más estrecho, entonces se entiende sólo que los Estados, al redactar un texto, no utilizan palabras inútiles (fuera de la razón), sino que utilizan aquel que produce sentidos razonables. Una interpretación de este tipo, regido por la buena fe y acompañada de lo razonable,⁴⁶⁵ hace fértil un término, en la medida que produce consecuencias de derecho. Puede darse el caso, entonces, que una determinada interpretación acabe con el valor de una palabra y lo haga estéril. Frustra así la posibilidad de generar el efecto para el cual ha

⁴⁶² Cfr. Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, p. 60.

⁴⁶³ Cfr. Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure ...*, *cit.*, p. 345.

⁴⁶⁴ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, pp. 584 – 585.

⁴⁶⁵ El sentido razonable es aquel que una persona sana de espíritu o prudente le quiso dar a un término. Cfr. Ehrlich, Ludwik, *op. cit.*, p. 92.

sido creado; B. en cambio, si es en sentido amplio, el efecto útil consistiría en otorgarle al texto el grado máximo de eficacia. O, en todo caso, el efecto que puede producir una interpretación oscila entre el efecto mínimo y el efecto más eficaz o máximo, y queda en el medio un efecto moderado o medio.

Así pues, en el efecto mínimo que se le da a una palabra, el intérprete debe asignar un significado de manera que no solo rechace el significado que esteriliza la norma, sino que prefiera aquel que no interrumpa la consecuencia básica para la cual fue puesta. En cambio, si se tiene una escala de “efectos” posibles, el intérprete podrá preferir entre varios efectos y otorgará, de ser posible el que produzca el mayor efecto.

Como otros métodos de interpretación, el del efecto útil puede basarse en elementos del texto, del contexto, o aún más, en la buena fe y en el objeto y fin. De esa manera puede estar presente en cualquiera de las frases consagradas en el artículo 31.1 de la CVDT. Pero además, puede perfectamente ser aplicado en la interpretación de las normas consuetudinarias, o aquellas que siendo escritas, no constituyen tratados como las sentencias.⁴⁶⁶

De esta manera, los ejemplos de la aplicación del efecto útil son, a. ningún término puede ser desprovisto de su sentido y eficacia práctica; b. ayudar a demostrar que si una palabra no figura más que en un artículo o en un párrafo de un tratado, sólo puede aplicarse en ese párrafo o en ese artículo; c. rechazar una interpretación que haga una disposición incierta o hipotética; d. evitar la redundancia de las palabras o las disposiciones; entre otros.⁴⁶⁷

Es paradigmática en el derecho internacional de los derechos humanos, la sentencia *Klass y otros vs. Alemania*,⁴⁶⁸ donde la noción de víctima podía ser interpretada al menos en dos vertientes: como quien presumía un daño, o como quien necesariamente sufría el daño. El TEDH desestimó la interpretación última porque sencillamente decir que

⁴⁶⁶ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, pp. 587 – ss.

⁴⁶⁷ Se sigue aquí la posición de Kolb, que ejemplifica además, con sentencias nacionales e internacionales. *Ibidem*, pp. 587 – 597.

⁴⁶⁸ TEDH, *Affaire Klass et autres ...*, *cit.*, párrs. 31 – ss.

el daño era requerido tenía que declararse incompetente para conocer de una controversia. En cambio, lo contrario, producía consecuencia jurídica. Mientras una interpretación sacaba la discusión del tema procesal, la otra permitía continuar con el tema de fondo. Al final, debe indicarse, la Corte no encontró violación de Alemania a los artículos que se alegaban, precisamente porque no se comprobó un acto de aplicación de la ley imputada como posible violadora de derechos humanos.

Queda solamente por enfatizar: ¿cuál es el lugar del efecto útil frente al texto en tanto intención de las partes? La respuesta no es sencilla, porque si bien este debe ser el marco general para su aplicación, es una puerta abierta para el juez, o el operador, que discrecionalmente puede abrir o cerrar según argumente. Salirse del texto puede ser una magnífica opción de interpretación, pero la salida no es total; el texto es un cordón umbilical que nunca deja al producto porque sencillamente, en ese cordón está la voluntad del creador de la norma. Así, de nueva cuenta, el puente necesario dentro de la formalidad del derecho es trasladado del texto del tratado a la argumentación judicial.

3.5.4 INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA EN RELACIÓN AL TIEMPO: INTER – TEMPORAL O EVOLUTIVA.

La tarea del intérprete, según hemos dicho, es asignar el significado a las normas jurídicas, y luego desarrollar su aplicación. El significado de las palabras, desde el punto de vista del tiempo, puede estar determinado por el momento de la adopción del texto, o por el momento de la aplicación. En el fondo de este método se encuentran motivaciones de capital importancia para todo aquello que pueda ser expresado en un lenguaje: una lengua (o sea, “un sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”)⁴⁶⁹ con sus signos, con sus hablantes, incluso con sus reglas, no puede permanecer estática. Pareciera que las palabras, por sí mismas, prefieren moldear su propio significado hacia un lado o hacia otro. Evidentemente, esto no es así. Son sus hablantes, quienes verdaderamente lo conocen y lo construyen, los que se mueven, y los que con su uso pueden modificarla.

⁴⁶⁹ Se usa el segundo significado de la voz “lengua” en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. Ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001, pp. 1362 – 1363.

Si el derecho es un lenguaje, entonces necesariamente, sus palabras, sus representaciones, serán cambiadas por el paso del tiempo, y a partir de la actividad de sus hablantes, esto es, principalmente, de los juristas.

En el derecho internacional, debido a la primacía de la voluntad de los creadores de la norma, o sea, el Estado, se han generado no pocos debates sobre cuál método debe prevalecer en razón del tiempo: si aquel en donde el significado debe ser contemporáneo al momento de creación de la norma, es decir, que a las palabras utilizadas para expresar una norma les pertenece un significado contemporáneo al momento de su nacimiento; o si, en cambio, les corresponde uno nuevo, de acuerdo al momento de su aplicación.

A la primera posibilidad se le ha denominado, en una primera tradición de las normas internacionales, el *derecho inter – temporal*. La CDI, en el proyecto presentado en 1964 dedicó un artículo especial (56)⁴⁷⁰ para hablar del criterio de interpretación de un tratado de acuerdo al momento en el que fue adoptado el texto. No obstante la Parte III del Proyecto refería la aplicación, efecto, revisión e interpretación de tratados, la cláusula del derecho inter – temporal quedó dentro de la Sección I, referida a la Aplicación y efectos de los tratados, justificado, según se decía, porque el derecho inter – temporal está más ligado a la aplicación del tratado que a la interpretación. Atraídos por la fórmula utilizada por el Juez Huber en *Island of Palmas*,⁴⁷¹ se dejaba claro que el intérprete judicial debería considerar el derecho contemporáneo a la adopción del tratado.⁴⁷² El único límite a ello era el propio párrafo II del artículo 56, que aludía a la necesidad de considerar el derecho internacional en vigor al momento de la aplicación del derecho inter – temporal. O sea, el derecho emergente, era un válido argumento para abandonar la interpretación

⁴⁷⁰ “Article 56. The inter-temporal law. 1. A treaty is to be interpreted in the light of the law in force at the time when the treaty was drawn up. 2. Subject to paragraph 1, the application of a treaty shall be governed by the rules of international law in force at the time when the treaty is applied.” Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, pp. 8 – 9.

⁴⁷¹ *Cfr.* Arbitral Tribunal, “*Island of Palmas case*”, (Netherlands, USA), 5 de abril de 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, Volumen II, pp. 845 – 846. El asunto fue resuelto por Maz Huber, como árbitro único.

⁴⁷² *Cfr.* Third Report on the Law of Treaties, *cit.*, p. 9.

histórica. De cualquier forma, el Relator Waldock distingue entre la interpretación y la aplicación del tratado.

Al mismo tiempo, Sir Fitzmaurice le llamó *Principio de Contemporaneidad* al que establecía que los términos de un tratado deben ser interpretados de acuerdo al significado que poseen, o al que debió haber sido atribuido a ellos, y a la luz del uso lingüístico corriente, en el momento en el que el tratado fue originariamente concluido.⁴⁷³ También la CDI, dejó este principio en el artículo el artículo 70 del Proyecto de 1964, y que por supuesto estaba ligado al derecho inter – temporal.

Sin embargo, la vida de ambos preceptos fue corta, pues no prosperaron los informes siguientes y terminaron fuera del texto adoptado en 1969, precisamente por no encontrar consenso en su uso obligatorio.

Por otro lado, el derecho internacional descansa en la posibilidad de su desarrollo progresivo. Es decir, no es un derecho irremediamente acabado; sino en edificación permanente, es, en tanto lenguaje, de uso dinámico. Así, frente al derecho inter – temporal habita la interpretación evolutiva que daría fe, en todo caso, del movimiento de significado que pueden tener las palabras utilizadas.

El intérprete de la norma puede utilizar, al menos, dos sistemas o tipos de interpretación evolutiva: a. interpretación evolutiva endógena, o causada por práctica subsecuente; b. interpretación evolutiva exógena, o causada por agentes externos al tratado pero desarrollados dentro de todo un sistema normativo (el cual sería, el derecho internacional).⁴⁷⁴

La primera, la endógena, equivale, prácticamente, a una interpretación auténtica, pues son los mismos autores de la norma, quienes al aplicarla, le otorgan un determinado sentido, que incluso puede ir variando con el paso del tiempo. De esta forma, el texto puede ser reformulado a través de la práctica subsecuente, que si se sigue la estructura

⁴⁷³ Cfr. Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure ...*, cit., pp. 359 – 361.

⁴⁷⁴ Cfr. Distefano, Giovanni, “L’interprétation évolutive de la norme internationale”, *RGDIP*, 2011 – 2, pp. 375 – ss.

del actual artículo 31, está ubicado en el mismo nivel que un acuerdo entre las partes. Constituye, una prueba factual de cómo los Estados entienden el sentido de una norma jurídica dada. Su valor para el intérprete es fundamental, pues descansa en la propia voluntad de las partes, demostrada en una actuación común (que en tratados multilaterales bastaría con la conducta de unos y la aceptación de otros), convergente y uniforme.

Pero también es endógena la interpretación evolutiva cuando se direcciona el sentido hacia el objeto y fin del tratado. Si se sigue el primer párrafo del artículo 31 de CVDT, puede observarse cómo una norma debe seguir la voluntad de sus creadores, también en la medida en que ellos dedicaron su esfuerzo en alcanzar un determinado fin u objeto. Así, el sentido de la norma puede moverse hacia esa orientación, sin que pueda decirse que es contraria a la voluntad de quienes la crearon.

Ante todo, la interpretación evolutiva sea por práctica subsecuente o conforme al objeto y fin constituye una herramienta que perfecciona o adapta la voluntad del “legislador”. La interpretación evolutiva no puede ser un pretexto para enmendar tratado, pero su negación no puede ser el pretexto para anquilosar al derecho.

También una norma puede ser interpretada de forma evolutiva por razones distintas al propio tratado (exógenas). Esto significa, que un tratado debe ser observado de acuerdo a la evolución misma de un sistema normativo, respecto de un régimen autónomo al cual pertenece la norma, o también, dentro del derecho internacional general (incluido, por supuesto, el derecho consuetudinario emergente). En cualquier caso, la intención del intérprete sería destacar factores externos a la “vida” del tratado para ubicarlo en el marco general del sistema donde se aplica. Sin embargo, esta operación puede estar llena de subjetivismo y podría marcarse por una lectura errada del sistema normativo, sea particular o general, y no puede dejarse en libertad al intérprete sin antes hacer referencias a 1) algunos razonamientos judiciales, y luego 2) a la prevención de usar el método de interpretación evolutiva.

Respecto del primer punto, la práctica judicial internacional, en este tema, no ha estado exenta de apasionantes controversias. En 1950, cuando la CIJ debía resolver, en competencia consultiva, si lo establecido en el artículo 4.2 de la Carta de las Naciones Unidas referente a la recomendación del Consejo de Seguridad en la admisión de nuevos miembros era decisorio o no para la posterior decisión de la Asamblea General, apareció la opinión disidente de un juez latinoamericano, Álvarez, que pugnó, desde entonces, por la idea de una interpretación evolutiva.⁴⁷⁵ En la mayoría, en cambio, otros no menos importantes jueces como De Visscher o Sir Mcnair, sostuvieron que la recomendación era un requisito necesario para que luego la Asamblea General tomara una decisión. Como puede ser visto, el derecho de veto está en el fondo del debate, pues una resolución vetada del Consejo, impediría la recomendación a la Asamblea y por tanto, la admisión de un Estado a la Organización creada para el mantenimiento de la paz internacional, protección de derechos humanos, cooperación internacional, solución pacífica de controversias entre otros propósitos.

Álvarez sostuvo que el tema sometido a la Corte constituía un reto nuevo en el *droit des gens*, y por tanto necesitaba un derecho internacional nuevo. No se podían seguir los criterios de interpretación clásicos del derecho internacional,⁴⁷⁶ porque el texto

⁴⁷⁵ Cfr. *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, Avis consultatif*: C. I. J. Recueil 1950, pp. 4 – 10; Opinion dissidente de M. Álvarez, *cit.*, pp. 12 – ss.

⁴⁷⁶ Compara, de hecho, los principios del viejo derecho internacional y los nuevos. “Il faut donc établir une théorie, une technique de l'interprétation; elles feront apparaître de profondes différences entre l'ancien système et celui qu'il faut adopter désormais. Le système ancien présentait les caractéristiques suivantes:

- A. On ne faisait pas de distinction entre les traités: on appliquait à tous les mêmes règles d'interprétation.
- B. On était esclave, en quelque sorte, du texte. Quand il était clair, on devait l'appliquer littéralement sans tenir compte des conséquences qui pouvaient en résulter.
- C. Quand un texte était obscur, on avait recours aux travaux préparatoires.
- D. L'interprétation d'un texte donné, notamment d'un traité, était, en quelque sorte, immuable; on n'y faisait aucun changement, même si la matière considérée avait subi des modifications.

Le nouveau système d'interprétation doit adopter d'autres caractéristiques:

- (A) Il faut faire des distinctions entre les diverses espèces de traités. ...
- (B) On ne doit pas être esclave du texte; il faut, si cela est nécessaire, le vivifier, le mettre en harmonie avec les nouvelles conditions de la vie internationale. ...
- (C) Il faut à l'avenir, sauf dans des cas exceptionnels, exclure de l'interprétation des traités, même obscurs, surtout de ceux d'organisation internationale, l'examen des travaux préparatoires, examen qui était courant autrefois. ...

de un tratado, apenas nace, adquiere vida propia, y por consiguiente, resulta necesario adaptarlo a las exigencias de la vida contemporánea en el momento de su aplicación, y no conforme a las intenciones de quiénes habían creado la norma.⁴⁷⁷ La nueva interpretación, insiste el juez chileno, debe producir una armonía entre las instituciones, los preceptos jurídicos y las nuevas condiciones de vida de las naciones.

No obstante lo seductor de las palabras del juez Álvarez, sobre todo cuando afirma que no se puede ser esclavo del texto, deben hacerse ciertas precisiones: la CIJ resolvió tal Opinión Consultiva apenas cinco años después de la creación del texto y no queda claro si ya puede hablarse ahí de la evolución de un término o de la esclavitud del mismo. Otro problema, ciertamente, lo constituye el derecho de veto de los Miembros permanentes del Consejo de Seguridad, ¿pero puede pasarse por alto la voluntad de los que crearon la norma en tan poco tiempo? Lo que se quiere decir aquí es que, necesariamente, la evolución de un término debe realizarse al paso del tiempo, no por una decisión judicial.⁴⁷⁸ Esto último, por muy deseable que sea, nos puede acarrear otros problemas sobre la arbitrariedad de los jueces.

Años más tarde, también la disidencia del juez mexicano Padilla Nervo se debió, a la inquietud de que la Corte Internacional debió resolver la cuestión del Mandato, específicamente al trato discriminatorio, con criterios al momento de la resolución de la sentencia en 1966, y no cuando se adoptó el Pacto, en 1920. Padilla Nervo sostiene que las normas que contienen derechos y libertades fundamentales deben ser interpretadas

(D) L'interprétation des traités ne doit pas rester immuable; ..." Opinión disidente de M. Álvarez, *cit.*, pp. 16 – 18.

⁴⁷⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 18. El TEDH, en esa célebre sentencia de excepciones preliminares del Caso Loizidou vs. Turquía, afirmó que el Convenio de Roma es un instrumento vivo y debe ser interpretado conforme a las circunstancias en la que se aplica, *cfr. TEDH, Case of Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, Judgment of March 23, 1995, párr. 71, p. 21.

⁴⁷⁸ *Cfr.* Por ejemplo, la misma opinión de evolución de un término, se podía observar en el Tratado fronterizo del 15 de abril de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua, incluso en su interpretación arbitral en 1888, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, pp. 229 y ss.

de acuerdo a una evolución del texto;⁴⁷⁹ son, por así decirlo, términos intrínsecamente evolutivos.⁴⁸⁰

Ahora bien, contrario a lo sostenido por Álvarez, el texto no tiene vida propia. El significado lo otorgan quienes hablan ese lenguaje. Que ciertamente puede moverse y modificarse, pero no en una sala de audiencias de un tribunal internacional.

La CIJ utiliza la interpretación evolutiva en uno de los ejemplos más elocuentes de la jurisprudencia internacional, y separándose, en realidad, de casos anteriores, en el caso de Namibia.⁴⁸¹

Asimismo, en el *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional, en aplicación de un Tratado de 1977, avala una suerte de cláusula implícita, según Dupuy,⁴⁸² de re-evaluación de datos convencionales en razón de una adaptación del tratado referido a la evolución del derecho internacional general de un determinado campo (el derecho ambiental).

Por último, Mohammed Bedjaoui, en su Opinión Individual en *Gabčíkovo-Nagymaros*, desarrolló, sobre todo, precauciones sobre cómo debe usarse la noción de interpretación evolutiva, al afirmar claramente que la interpretación de una norma, no justifica la modificación de un tratado internacional, o la puesta en revisión de una norma. La interpretación evolutiva no puede ir más allá de aquello en el que pueda verificarse una evolución general del derecho internacional. Quien utilice este método deberá tomar en cuenta que:

⁴⁷⁹ "The Court is well aware of such realities and shall consider, in its interpretation of the relevant international instruments and obligations, the prevailing ideas and circumstances of today regarding human rights and fundamental freedoms; as well as regarding the actual meaning and universal recognition embodied now in the concepts "material and moral well-being and social progress", which is a dynamic concept." *South West Africa, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo, p. 462.

⁴⁸⁰ *Cfr. Distefano, Giovanni, op. cit.*, p. 390.

⁴⁸¹ Es célebre esta sentencia de la Corte Internacional, debido a la concepción de conceptos evolutivos. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, párr. 108.

⁴⁸² *Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, Droit international public, cit.*, pp. 110 – 116; 340 – 341.

- a. No se puede aplicar sino de acuerdo al artículo 31 de la CVDT.
- b. No se puede confundir la “definición” de un concepto, con el “derecho” aplicable.
- c. No se puede confundir la “interpretación” de un tratado con la “revisión” del mismo.⁴⁸³

Sostiene el juez de la Corte Internacional, que el “reenvío móvil” de la norma solo debe usarse por excepción, mientras que el “reenvío fijo”, constituye la regla de Convención de Viena. Este es el punto de partida. Luego, un asunto es la definición, y otro el derecho aplicable. Éste no evoluciona sino de la manera que formalmente puede crearse uno nuevo dejando sin validez el anterior, en cambio, es la definición lo que lingüísticamente evoluciona. Y por último, afirma que la interpretación no es, en realidad, una tarea de sustitución de una norma por otra. En eso, el derecho tiene sus propios métodos, y pueden variar según se esté frente al derecho ruso, al peruano o al internacional.

En este último punto, la distinción es fundamental, pues un Estado no puede estar vinculado a una obligación que no existía al momento de firmar un tratado. Lo contrario choca con la construcción de cualquier sistema normativo. Lo que puede hacerse es utilizar con prudencia el derecho emergente, para interpretar evolutivamente, de esa forma sí pueden evitarse los anacronismos de una norma jurídica que pretende ser aplicada en una época a la que no corresponde.

En conclusión, si se usan los términos desarrollados en este apartado, un uso prudente y por excepción de la interpretación evolutiva debe considerar:

⁴⁸³ “5. Prise à la lettre et isolée de son contexte, cette formule peut mener fort loin. Il faut bien veiller à prendre les précautions suivantes:

- l’«*interprétation évolutive*» ne peut s’appliquer que *dans le respect de la règle générale d’interprétation* de l’article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités;
- il ne faut pas confondre la «*définition*» d’un concept et le «*droit*» applicable à ce concept;
- il ne faut pas confondre «*interprétation*» d’un traité et «*revision*» de celui-ci.”

Projet GabCikovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, Opinion Individuelle de M. Bedjaoui, p. 121. También sobre no creación del derecho bajo el rótulo de la interpretación, Cfr. Wroblewski, Jerzy, “Creación del derecho e interpretación”, *cit.*, p. 478.

- a. Enunciados o prácticas de importancia normativa expresados por los Estados parte. Supone aquí la práctica subsecuente, el objeto y fin del tratado, siempre que puedan ser identificados con la voluntad de las partes (endógena).
- b. Un nuevo derecho internacional emergente, incluso en construcción. Consolidación de regímenes autónomos, constatación de costumbre internacional, sentencias de derecho internacional general, etcétera, (exógena).

3.5.5 INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: LA INTERPRETACIÓN PRO PERSONA (HUMANA) Y CONFORME A TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.

Hasta aquí hemos referido principios de interpretación del derecho en general y aplicables al derecho internacional independientemente del campo donde se ubiquen (derecho comercial, derechos humanos, derecho del mar, etc.); y como se puede observar, las referencias están dadas por la jurisprudencia de las cortes tanto de la Sociedad de Naciones como de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, dentro del discurso actual del derecho internacional de los derechos humanos, de cuyo vago, con textura abierta y ambiguo,⁴⁸⁴ existen dos principios que, dado el auge y el impacto en situaciones como la mexicana, es necesario referirnos a ellos con especial atención: los principios de interpretación conforme (a tratados de derechos humanos) y pro persona. Ambos, han aparecido con mucha mayor fuerza en las posturas latinoamericanas o, si se quiere, en las hispano parlantes.

⁴⁸⁴ Cfr. Tobin, John, "Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation", *Harvard Human Rights Journal*, No. 23, 2010, p. 1. Tobin asegura que esta vaguedad y ambigüedad de la protección de derechos humanos queda mejor evidenciada en los derechos económicos, sociales y culturales. Andrés Ibáñez, que sigue a Luzatti, afirma: "la imprecisión del significado de las palabras, con referencia a las normas, es algo que "ni siquiera los métodos más sutiles de reducción de la vaguedad son capaces de eliminar completamente", podrían tomarse como síntoma de una definitiva superación del punto de vista del formalismo dogmático." Andrés Ibáñez, Perfecto, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo." *Doxa* 15 – 16, 1994, p. 863. Por último, para revisar los conceptos de vaguedad, textura abierta y ambigüedad en el discurso jurídico ver a Moreso, José Juan y Vilajosana Rubio, Josep, *Introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 148 – 156.

El primero, puede ser claramente enunciado de la siguiente forma: el intérprete del derecho, al realizar su función respecto de una norma nacional, debe guiarse en las definiciones contenidas en los tratados internacionales (de los que su Estado sea parte). El segundo: el intérprete, al realizar su función, deberá preferir el significado de un término de manera que le otorgue la mayor protección de un derecho a una persona física, o la menor restricción posibles.⁴⁸⁵

Si se toman así, de manera tan general como se expusieron, ambos principios, no generan nada nuevo en el discurso jurídico, desde la visión del derecho internacional, sino una confirmación de la interpretación teleológica; sería una nueva forma de interpretar conforme al objeto y fin del tratado. Por mucho que haya un tránsito del lenguaje constitucional de la sede doméstica a la internacional, todo lo que se dice es, respecto del primero: que el intérprete debe considerar un derecho “obligatorio” (el entrecomillado enfatiza lo obvio, pues todo derecho es obligatorio) para el Estado (entiéndase, los órganos del Estado; todavía más, las personas físicas por las que el Estado actúa); y respecto del segundo, si el intérprete trabaja con una norma (internacional) de derechos humanos, debe ajustarse al objeto y fin del tratado, pues ahí cabe perfectamente la interpretación pro persona.

Quienes los usan y los promueven no suelen justificar sus decisiones en el derecho internacional, sino más bien a partir del derecho constitucional, aun cuando en ambos casos la norma internacional es la columna vertebral de la operación interpretativa. Por eso, en los siguientes párrafos, además de esbozar la estructura fundamental del significado de ambos principios, se demostrará cómo la CVDT basta como marco referencial hermenéutico.

⁴⁸⁵ Cfr. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 1997, pp. 163 – 171. Cuando Mónica Pinto agrega que se deben considerar las normas consuetudinarias para enriquecer una disposición, como aplicación del principio *pro homine*, en realidad, como lo dijimos respecto del derecho internacional, no es opcional para el agente del Estado aplicar o no la norma consuetudinaria.

En el principio de interpretación conforme a tratados lo que se dice es que debe utilizarse el derecho internacional convencional. En sistemas de recepción del derecho internacional como el mexicano, las normas convencionales tienen un efecto directo en el sistema jurídico. No requerimos de ningún otro acto legislativo o ejecutivo para incorporarlos. De ahí que, desde la visión mexicana, la interpretación conforme a tratados no es opcional, sino obligatoria. Incluso deberíamos usar la fórmula interpretación conforme al derecho internacional (en el que quedarían incluidos los tratados.)⁴⁸⁶

Para que un juez o intérprete legal utilice el derecho internacional como criterio decisorio del significado de un término, debe ser obligatorio para el Estado. No puede, por ejemplo, un juez guerrerense, utilizar el criterio de tratados internacionales firmados por Australia, aun cuando sea la mar de claro. El juez guerrerense debe aplicar, por cierto, derecho mexicano; ya nacional de fuente nacional, ya nacional de fuente internacional.⁴⁸⁷ Así pues, más que un método de interpretación, es un método de búsqueda o identificación del derecho aplicable, esto es, de reenvío de la norma.

En efecto, la formación de nuestros jueces, estudiantes, profesores, abogados y juristas en general, debe estar orientada a la utilización del derecho internacional (no sólo de derechos humanos) respecto del cual el Estado mexicano es parte. Porque además, si las personas que representan a un Estado, además de no utilizar el derecho internacional, van en contra de él, le generan inmediatamente la responsabilidad internacional (que quizá pueda ser subsanada en el ámbito interno, mediante agotamiento de recursos, o si no, entonces podrá acudirse hasta la instancia internacional).

Además, como lo justificaremos en el capítulo siguiente respecto de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno (mexicano), no solo los tratados

⁴⁸⁶ Cfr. Bogdandy, Armin von, *Hacia un Nuevo derecho...*, cit., pp. 305 – 306.

⁴⁸⁷ En México, el derecho internacional aprobado por los medios constitucionales es derecho interno. De ahí que se diga que el derecho interno puede ser de fuente internacional Cfr. Fix Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los Derechos Humanos” en *La justicia Constitucionalidad y su Internacionalización. ¿Hacia un Lus Constitutionale commune en América Latina?*, Tomo II, México, UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 599-600.

deben ser de referencia fundamental para los jueces u operadores, sino todo el derecho internacional que sea obligatorio para el Estado.

Así pues, efectivamente la definición de un término puede ser esclarecedora si se encuentra en tratado, pero no es optativo para el intérprete utilizarla o no: debe hacerlo. El intérprete no selecciona entre el método literal, la interpretación evolutiva o acudir al derecho internacional. Pongamos por caso el artículo 27 de la Constitución mexicana, párrafo 5: “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional;...”. Luego, si quisiéramos revisar constitucionalmente cuál es la extensión de la zona contigua, nos percataríamos que nada dice al respecto. El intérprete del derecho del mar o el juez constitucional, podría ir a la Ley Federal del Mar, o ajustarse al reenvío de la norma constitucional y abrir la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, donde encontrará la extensión de la zona contigua.⁴⁸⁸ Así, no se tiene un criterio de interpretación conforme, sino la obligación de aplicar y utilizar el derecho internacional que obliga a México.

Supóngase que en un acto de rebeldía exacerbada el juez no acude al derecho internacional y fija en extensión de la zona contigua (o mar territorial) 300 millas náuticas. No habrá que “pelearse” con él desde la noción de *principio de interpretación conforme al derecho internacional*, sino solamente, del derecho que obliga al Estado mexicano. Superado esto, entonces sí puede recurrirse a métodos de interpretación si el propio derecho internacional no es claro, es confuso o ambiguo. La interpretación conforme es un sistema de reenvío del derecho aplicable, y no de asignación del significado. Y el juez debe observar si el derecho que tiene ante sus ojos es obligatorio o no. Luego, puede suceder que el derecho internacional y el derecho interno sobre un mismo caso afirmen cosas distintas. Ahí, antes de interpretar y aplicar, nos movemos al ámbito de jerarquía de normas o de conflictos entre normas. Tales conflictos no se resuelven por criterios de

⁴⁸⁸ “Artículo 33. ..., 2. La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.” Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

interpretación si una norma es superior a la otra, pues la jerarquía zanja el problema de manera definitiva. Pero eso también será tema del siguiente capítulo.

Hemos utilizado un ejemplo en donde el reenvío es expresamente utilizado en la Constitución. Sin embargo, no hace falta que se diga de forma expresa. Pongamos por caso ahora el tema de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Ante el juez penal del Primer Distrito acude un ciudadano italiano que, habiendo residido en Italia durante la ocupación alemana, le exige una reparación a Alemania por la presunta comisión de violaciones al *ius cogens* (trabajos forzados – prohibición de la tortura), en su perjuicio. La pregunta que debe resolver primero el juez es si se declara competente o no para juzgar al Estado alemán. Advertirá que el derecho nacional, de fuente nacional, nada le dice al respecto. Eso no significa que deba declararse competente, pues hay un derecho internacional que debe ser aplicado, que no siendo de fuente convencional sí es consuetudinario. Así, el juez deberá declararse incompetente para no violar la inmunidad jurisdiccional del Estado alemán, basada en una norma de derecho internacional consuetudinario. Si no lo hace así, le producirá responsabilidad internacional al Estado mexicano. En este caso, como en el anterior, el derecho internacional, o la interpretación conforme a él no es optativo, sino una obligación.⁴⁸⁹ De ahí que insistamos que la interpretación conforme no es en sí, un criterio de asignación de significado.

Vayamos ahora al principio de interpretación *pro persona*⁴⁹⁰ que se le conoce también como *pro homine*. A diferencia del anterior, este sí puede ser un método de asignación de significado a un término. Su referencia convencional está ubicada en el artículo 29 de la CADH.

Se afirma que los tratados de derechos humanos consagran obligaciones de tipo objetivo porque no corresponden a las clásicas del derecho internacional, bajo relaciones

⁴⁸⁹ En referencia específica al Derecho de la Unión Europea y al Consejo de Europa como referencia obligatoria de interpretación conforme, puede verse a Conti, Roberto, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, pp. 453 – 472.

⁴⁹⁰ Por razón de género se prefiere utilizar persona a *homine*; por precisión jurídica debe utilizarse persona humana, para no confundirse con la persona colectiva, en la que cabe bien el Estado. Cfr. Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia” *Cuestiones Constitucionales*, no. 20, 2009, p. 69.

entre iguales;⁴⁹¹ sin embargo, si bien hemos afirmado esta doble naturaleza de los tratados de derechos humanos, no se ve con claridad cómo deben influir en la interpretación de tratados, pues también hemos sostenido que la norma jurídica, incluida la norma internacional de derechos humanos no tiene un sentido objetivo, como si le perteneciera al texto, sino que siempre ha habido una voluntad del creador de la norma, y que incluso puede estar regida por el convencionalismo en el uso del lenguaje respecto de la comunidad a quien está dirigida. De ahí que se sostenga la visión de la Convención de Viena 69: el intérprete debe ir en busca de la voluntad de las partes, y su referencia al texto solo obedece a que ahí está mejor expresada la voluntad, de quien al momento de crear la norma, generó para sí y para otros, derechos y obligaciones.

Así pues, el pretendido interés de orden público (*ordre public*) ampliamente enfatizado en la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos⁴⁹² se puede leer de forma correcta, al menos y a vuelo de pájaro, en los preámbulos de los tratados (o declaraciones) de derechos humanos.⁴⁹³ Es claro, por tanto, que el objeto y fin de un

⁴⁹¹ El juez Cançado Trindade ha enfatizado durante ya algún tiempo esta distinción. Puede verse, más recientemente, y desde la plataforma de la Corte Internacional de Justicia, International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo) Judgment of 30 November 2010. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 82 - 92.

⁴⁹² Quizá el más referido caso es: TEDH, *Case of Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, Judgment of March 23, 1995, párr. 75, p. 22.

⁴⁹³ “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;”, Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sobre el valor jurídico de la Declaración véase Capítulo II.

tratado debe guiarse por el significado del texto, pero al mismo tiempo, considerando su objeto y fin. Así, los Estados buscaron que nociones de igualdad, libertad o dignidad, entre muchas otras, quedaran perfectamente protegidas por lo que, en el mundo jurídico, se denomina, derechos humanos.

Además, el principio *pro persona* suele estar ligado a frases que también se utilizan en una interpretación evolutiva o dinámica, o a partir del efecto útil de un tratado. Ambos se encuentran dentro del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, en el amplio margen de acción que constituye el objeto y fin del tratado. Ahora bien y no obstante lo anterior, la protección de los derechos es algo mucho más que discurso y buena letra; es, ante todo, acciones de Estado orientadas a conseguir ese respeto y la pretendida protección. Como tristemente damos fe, en América Latina (aunque no exclusivamente), se han sufrido de grandes y masivas violaciones de derechos humanos a finales del siglo pasado pero también en el actual. Sin embargo, no hace falta crear herramientas jurídicas que a fuerza de ser seductoras, nos llevan al mismo camino: la interpretación teleológica.

Así, el principio *pro persona*, utilizable no solamente en el derecho internacional de los derechos humanos sino en las normas que contienen derechos humanos, descansa también en la regla general de interpretación de tratados de CVDT.⁴⁹⁴ Es cierto que es necesario ajustarse entonces a la voluntad de las partes, pero no hay duda de cuál era la voluntad de los Estados después de los horrores de la Segunda Guerra, y que si bien no adquirió inmediatamente su carácter vinculante en la Declaración Universal, si se ha manifestado en los Pactos de 66, en las cartas regionales, y en muchos otros tratados de tipo universal y regional. Es evidente que los Estados, al firmar tratados de derechos

⁴⁹⁴ No comparto aquí la posición de Karlos Castilla cuando afirma que para darle plena vigencia a las normas de derechos humanos han surgido varios principios de interpretación, entre los que señala se encuentran: interpretación evolutiva, *pro persona*, conforme y efecto útil, que son los que aludimos aquí. Sin referirnos a los otros principios respecto de los que no hemos hecho referencia, sí podemos advertir dos enunciados: 1. No son principios exclusivos del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que no surgieron recientemente; 2. Salvo el de interpretación conforme, todos los demás descansan en una interpretación teleológica. Una multiplicación al infinito de principios o métodos de interpretación (*pro víctima*, *pro reo*, *pro trabajador*, *pro alumno*, etcétera) harían una lista interminable de criterios de asignación de significados. *Cfr.* Castilla, Karlos, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

humanos no se conceden derechos y obligaciones recíprocos entre ellos. No son sus intereses propios los que buscan, como la delimitación fronteriza, o la disminución de aranceles, sino intereses superiores a ellos. Por eso el fin y objeto del tratado alcanza mucho más allá de los derechos y obligaciones de tipo clásico. El reto es revisar cómo un juez, o el intérprete, logran convencer (argumentar) a su auditorio, de que esa, y no otra, es la interpretación idónea para una norma, en un determinado momento. La interpretación de normas de derechos humanos debe ser argumentativa porque busca persuadir a sus oyentes, quienes tienen además, la obligación de escuchar y dialogar con los intérpretes.⁴⁹⁵

El principio pro persona, en todo caso, es un subprincipio de la interpretación evolutiva, o del efecto útil de un texto. Ahora bien, cuando se afirma que una de las consecuencias del principio pro persona es la preferencia de normas, ya sea la más protectora o la menos restrictiva, en realidad ahí no hay un problema de interpretación, sino del derecho aplicable. Lo que equivaldría a decir que el principio pro persona se mueve como un criterio vector (comodín) de un sistema jurídico ya sea para el acto de aplicación, de interpretación, incluso más, de creación, de validez, etcétera. Y si esto es cierto, el extremo es quitar las exposiciones de motivos de las leyes, los preámbulos de los tratados, los considerandos de las sentencias, pues al final, el marco generador de un sistema sería la protección de la persona humana. El ejemplo se lleva al absurdo, pero es obvio que un tratado de inversión está encaminado a un objeto y fin completamente distinto que un tratado de derechos humanos. Cualquier signo de limitación y contención debe ser bien recibido.

Mientras que el Convenio Europeo nada señala sobre cómo deben interpretarse sus normas, la CADH en el artículo 29, inspirada en el 30 de la Declaración Universal,⁴⁹⁶ establece:

⁴⁹⁵ Cfr. Tobin, *op. cit.* pp. 3 – 4.

⁴⁹⁶ La Carta Africana sólo utiliza una vez el verbo interpretar (artículo 45.3 en atención al mandato de la Comisión) pero vinculado con los Principios podría hablarse de una correspondencia con el sistema universal de los derechos humanos. En cualquier caso, la CADH es el instrumento regional de derechos humanos que

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De los párrafos a y b se infiere una sola parte (negativa) del principio: la menor restricción posible (incluso supresión), y además siempre prevista en la ley o por la propia Convención. Por otro lado, el párrafo c es una puerta gigante para los intérpretes de la Corte Interamericana, pero que se encuentra ahí no por otra cosa sino por la voluntad de los negociadores del tratado.

La otra parte del principio, la positiva, está referida a la protección máxima posible en el goce y ejercicio de un derecho. Así pues, para terminar, detrás de lo que se conoce como principio pro persona están perfectamente claros, al menos, dos presupuestos:

1. Los derechos humanos no son mandatos normativos que puedan agotarse en una sola conducta. Son mandatos de optimización, que pueden cumplirse en menor medida (o restringiendo lo menos posible) o en mayor medida (protegiendo con el máximo alcance).
2. El principio pro persona, según lo que se acaba de decir, está enmarcado dentro de la interpretación teleológica contemplada en CVDT. Y además, no es otra cosa sino una denominación distinta del principio del efecto útil que le otorga peso y efectividad a un término, según el objeto y fin del tratado.

mejor alude a la interpretación de sus normas. El artículo 30 DUDH establece: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

3.6 LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: LOS MÉTODOS *ESPECIALIZADOS* DE INTERPRETACIÓN DE LOS RÉGIMENES AUTÓNOMOS Y LA INTERPRETACIÓN SISTÉMICA.

No asusta la idea del derecho internacional fragmentado. Es más, no es otra cosa sino la extrapolación en el derecho internacional de algo ya previsto y superado en el derecho interno. Si existen regímenes autónomos, como sostiene la CDI, o disciplinas o sectores del derecho autónomos,⁴⁹⁷ también sus normas, y sus interpretaciones, pueden coexistir, sobreponer o colisionar. Y cada una de tales disciplinas, quizá tenga características particulares de interpretación frente a las generales, o frente a los otros regímenes.

La diferencia entre el derecho interno y el internacional es la manera en cómo, en el primero, se solucionan los conflictos de leyes o sus interpretaciones, bajo criterios de jerarquía, o en razón del órgano que crea dos leyes contradictorias, o incluso por razón de competencia para realizar un determinado acto legislativo. Eso, en el derecho internacional se complica.⁴⁹⁸ Podría hablarse de solución de conflictos cuando los mismos Estados firman dos tratados contradictorios; el problema puede ser evidentemente resuelto por la regla de ley posterior deroga la ley anterior. Pero las hipótesis crecen si los tratados no son firmados exactamente por los mismos Estados, o pertenecen a materias distintas, o uno es regional y el otro es universal, uno de integración y el otro constitutivo de una organización de cooperación, etcétera, y las soluciones no son suficientes. Este es un reto que puede superarse, al menos en una medida y sin considerar factores externos al derecho (como los políticos, económicos entre otros) a través de una técnica jurídica de interpretación sistémica o de compatibilidad universal.

Abordaremos aquí cuál es la relación de los regímenes autónomos con la estructura general de la interpretación de tratados según la CVDT. El objetivo principal es establecer en qué medida el régimen autónomo (especializado o regional) puede salirse del marco general de interpretación, o si por el contrario, éste es lo suficientemente amplio para abarcarlos, o demasiado limitado pero necesario que para contenerlos.

⁴⁹⁷ Cfr. Tarello, Giovanni, "L'interpretazione della...", *cit.*, pp. 397 y ss.

⁴⁹⁸ Cfr. Rousseau, Charles, "De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international", *R.G.D.I.P.*, vol. 39, T. I., 1932, pp. 150 y ss.

Ya en los Reportes de la CDI se analizaba si existía la posibilidad de extraer ciertos principios de aplicación exclusiva a un tipo de tratados, entre ellos, los tratados – ley, o los tratados de las organizaciones internacionales.⁴⁹⁹ Sin embargo, la posición final fue afirmar solamente las reglas generales de interpretación de tratados, y dejó a un lado la *lex specialis*. Cuando De Visscher analiza los problemas judiciales de la interpretación, apunta con razón que el objeto y fin de un tratado no eclipsan su texto, pero que cuando se trata de ciertas categorías de tratados como los multilaterales normativos (tratados – ley, o *law making treaties*), podrían válidamente dictarlo.⁵⁰⁰ Este tipo de tratados, firmados generalmente en el seno de una organización internacional, como la ONU o la OEA, descansan más en objetivos comunitarios o colectivos que en intereses normativos tradicionales (por tanto, no se aplica la regla *contra proferentem*).⁵⁰¹ Esto es una característica que el intérprete no debe perder de vista. Triepel y luego Kelsen, perfilaron con precisión la idea de lo que debe considerarse como tratado – ley y tratado – contrato.⁵⁰² Esta distinción fue tomada por la CIJ que justificó que la *Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio* descansa en un fin humano y civilizador, distinto a la concepción tradicional de tratados bilaterales.⁵⁰³

También los tratados de integración, por ejemplo, marcan una clara tendencia de crear un orden común, distinto quizá al del derecho nacional, pero igual para una

⁴⁹⁹ Cfr. *Annuaire de la Commission du droit international, cit.*, p. 238, párr. 6; Virally, Michel, “Sur la classification des Traités. A propos du projet d’articles de la Commission du Droit International” *Comunicazioni e Studi*, Vol. 13, Milán, 1969, pp. 17 – 35.

⁵⁰⁰ Cfr. De Visscher, *Problèmes d’intepretation...*, p. 63, 128 y ss. Sobre ellos, dice Kolb, ha insistido la doctrina francesa. Kolb, Robert, *op. cit.*, pp. 179 – 181.

⁵⁰¹ De origen *ius romano*, la cláusula *contra proferentem*, supone que el beneficiario de la ambigüedad de una cláusula debe ser la parte distinta a quien la redactó. Cfr. De Visscher, Charles, *Problèmes d’interprétation...*, *cit.*, pp. 110 – 112.

⁵⁰² Cfr. Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado, cit.*, pp. 25 – 36. Específicamente sobre la distinta forma de interpretar los tratados-ley y los tratados-contratos pp. 37 – 44.

⁵⁰³ Cfr. *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif*, C. I. J., Recueil 1951, p. 23; Sobresale también la opinión del juez Álvarez que, en justificación del nuevo derecho internacional, propone cuatro tipos de tratados multilateral: a. los constitutivos de organizaciones internacionales; b. los que establecen un estatuto específico para un Estado; c. los que establecen nuevos y grande preceptos del *ius gentium*; y d. las que se originan por intereses y fines humanitarios y sociales. Cfr. Opinión disidente de M. Álvarez, *cit.*, p. 51.

comunidad de Estados. De ahí que las normas de este tratado estén determinadas por su objeto y fin, más allá incluso de la literalidad.

Así pues, antes y durante los trabajos de redacción de la Convención de Viena, se hablaba de una cierta categoría de tratados que, sin exceso de sistematización, podían respecto de ellos, preferirse algunos métodos si se atendía a su objeto y fin.

Ahora bien, cuando la CDI revisó el tema de la Fragmentación del Derecho Internacional, tuvo especial énfasis en la forma en que se interpretan las normas jurídicas internacionales, pues afirmaba que la interpretación es la diplomacia de la solución de los conflictos.⁵⁰⁴ Así, debe decirse primero, que los intérpretes del derecho pueden tener frente a ellos todo el derecho internacional existente independientemente del área que sea (la fórmula adoptada por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia respecto del derecho que debe tener en cuenta para resolver una controversia es amplísima). Si bien en materia de tratados debe referirse a las que los Estados sean parte, puede recurrirse a otros tratados en la medida que constituyan costumbre o principios generales, o que respecto de ellos existan decisiones judiciales o doctrina. De esta forma un juez de comercio internacional puede revisar lo que resuelve la Corte IDH o el Tribunal Internacional del Mar, no para establecer una violación a la CADH o a la Convención de las Naciones sobre Derecho del Mar, sino para ajustar su decisión en el marco del derecho internacional vigente.⁵⁰⁵

De lo que podemos asegurarnos es que hay regímenes autónomos que siguen leyes especiales con inclusión de métodos propios de interpretación;⁵⁰⁶ esto puede producir un determinado tipo de conflictos en el derecho internacional. A partir de estos conflictos que pueden presentarse entre regímenes autónomos y el derecho internacional general, la Comisión propone tres posibilidades:

⁵⁰⁴ Al cual se hizo amplia referencia en el primer capítulo de este trabajo.

⁵⁰⁵ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párrs. 44 y ss.

⁵⁰⁶ Cfr. Herdegen, Matthias, "Interpretation in International Law", *cit.*, párrs. 39 – 47; para revisar los criterios de interpretación de la OMC *cfr.* Fitzmaurice, Malgosia, "Canons of Treaty Interpretation ...", *cit.*, pp. 92 – 93; en derechos humanos *cfr.* Cançado Trindade, Antônio Augusto, *El Derecho Internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 747 y ss.; Dubout, Edouard, *op. cit.*, pp. 383 – 418.

- a) Los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general;
- b) Los conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y
- c) Los conflictos entre dos tipos de normas especiales.⁵⁰⁷

Evidentemente, damos cuenta de ella pero no repetiremos el análisis que hace la Comisión respecto de esos tres supuestos, ejemplificados con *Tadiç vs. Nicaragua*, o normas de derecho ambiental frente a derecho mercantil, y reservas a los tratados de derechos humanos. En todo caso, lo que sí haremos es una revisión a la función y al alcance de la ley especial dentro respecto de la ley general.

Hacerlo así tiene un presupuesto fundamental: primero identificamos el derecho aplicable, el derecho válido, luego aparece la interpretación, y hasta entonces puede o no presentarse un conflicto. Esta operación lógica resulta fundamental para acercarnos a la relación entre los regímenes autónomos y el derecho internacional general. Si acreditamos la existencia de los primeros, no tienen necesariamente que entrar en conflicto, y por tanto, separarse del primero. Discutir en abstracto, por tanto, resulta estéril. Hace falta precisar en qué casos una norma de derecho internacional de los derechos humanos destaca y choca con otra de derecho general. Por ejemplo, en materia de responsabilidad internacional de los Estados, el artículo 55 de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados,⁵⁰⁸ afirma que puede acudir excepcionalmente a una ley especial. En este caso, la práctica demuestra que los Artículos propuestos por la Comisión constituyen el mínimo requerido para la asignación de responsabilidad; la agravada, por ejemplo, le puede pertenecer a un régimen autónomo (piénsese por ejemplo en la violación a normas de derecho humanos, que además constituyan *ius cogens*).⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párrs. 47 y ss.

⁵⁰⁸ "Los presentes artículos no se aplicarán al caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional." *Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados*.

⁵⁰⁹ Para un estudio sobre la responsabilidad estatal entre ley general y ley especial, véase: Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 483 – 529.

Así pues, la convivencia del derecho general con el derecho especial sugiere que éste puede aplicarse con preminencia absoluta, que se utiliza sólo como excepción, o que se complementa con aquélla para dar mayor sentido a la norma general. Si esto fuera completamente cierto en todos los casos, el problema sería de derecho aplicable o derecho válido. Sin embargo, no siempre el asunto es sencillo, sobre todo si en el derecho internacional lidiamos, como se ha insistido, con múltiples creadores de las normas: tanto como Estados, jueces, organizaciones, hayan.⁵¹⁰

Por ejemplo, si no existiendo relación jerárquica entre el derecho general y el especial, resultan evidentemente contradictorias sus disposiciones, y ambas además son aplicables para una misma situación, entonces hace falta que se resuelva a través de otros métodos. No obstante, afirma la Comisión, aun si se sigue el principio de que siempre prevalecerá la norma particular o especial, debe justificarse bajo qué criterios se distingue entre lo general o lo particular, o si dentro un régimen particular pueden encontrarse normas que en realidad le pertenezcan a otro.⁵¹¹ O sea, si una norma de derechos humanos puede encontrarse inserta en un instrumento de comercio internacional; o si el derecho penal internacional contempla también la posibilidad de protección indirecta de los derechos humanos.

Entre la doctrina internacionalista existe una posición que afirma que la norma especial se adapta más al caso que una general, pues, como Rousseau o Anzilotti sostienen,⁵¹² obedece con mayor rigor a la voluntad de los Estados. Este criterio de especialidad preferente no solo aplica a partir de regímenes autónomos, también la CIJ prefirió una costumbre especial, frente al examen de una costumbre general.⁵¹³ Hay otros casos, en cambio, en donde el régimen de especialidad no es lo suficientemente fuerte

⁵¹⁰ Es cierto que la Convención de Viena prevé una suerte de subordinación de tratados en el artículo 30, sin embargo ese es solamente una posibilidad de incompatibilidad de normas internacionales. Y como lo señala la propia CVDT, el artículo 103 de la Carta propone también un criterio de solución.

⁵¹¹ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 58.

⁵¹² Cfr. Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, *cit.*, p. 103; Rousseau, Charles, *Droit International Public Approfondi*, París, Dalloz, 1961, p. 88.

⁵¹³ "Such a particular practice must prevail over any general rules." *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, p. 44.

para derrotar al derecho internacional general, por ejemplo en la inmunidad jurisdiccional del Estado, sobre todo cuando el crimen ha sido cometido fuera del territorio donde judicialmente se alega.⁵¹⁴

En cualquier caso, una norma internacional no puede ser vista en aislamiento clínico⁵¹⁵ (para seguir con la propuesta del Órgano de Apelación de la OMC) sino en conjunto con las realidades sociales, al mismo tiempo deben observarse sus disposiciones con las otras pertenecientes al mismo sistema normativo.⁵¹⁶ Así pues, la *lex specialis* está llamada a ingresar dentro del sistema del derecho internacional y mantenerse cercana a él.

Vale aquí, por tanto, volver a la idea de la interpretación de normas como prevención y solución de conflictos. Por un lado, el principio de efectividad al que ya aludimos permitirá recurrir a uno o a otro sistema, en atención a las obligaciones que un Estado ha adquirido; el objetivo final es asignar un peso a la norma de manera tal que la conducta de un Estado se ajuste más a las obligaciones internacionales que ha aceptado. La visión, por tanto, si bien descansa en una posición voluntarista, está orientada al cumplimiento de la obligación, del derecho, o de las consecuencias por su violación,⁵¹⁷ donde un Estado renuncia implícitamente a beneficiarse del derecho internacional general, cuando por vía especial puede estar sometido en mayor medida, de acuerdo a su obligación.

La otra propuesta es volver al artículo 31.3.c de la CVDT y apostar por una integración sistémica del derecho internacional que se ajusta no solo a las normas convencionales sino a las consuetudinarias, principios generales, y demás normas

⁵¹⁴ Cfr. TEDH, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 79; Conforti, Benedetto, "Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale", *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 1, vol. 1., (2007), p. 23.

⁵¹⁵ Cfr. Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Órgano de Apelación, 26 de abril de 1996, p. 20.

⁵¹⁶ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, p. 263.

⁵¹⁷ Cfr. Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, "Of Planets ...," *cit.*, pp. 508 y ss. Aquí hay una referencia exacta al régimen de responsabilidad y de cumplimiento de obligaciones. Sostienen los autores, en todo caso, que no todos los mecanismos de reportes, visitas, que se utilizan en el derecho internacional de los derechos humanos corresponden al régimen de responsabilidad estatal.

jurídicas internacionales.⁵¹⁸ Según este planteamiento, la interpretación de una norma especial debe buscar ajustarse a “toda forma pertinente de derecho internacional”,⁵¹⁹ que no alude por cierto a otra norma especial, sino general. Es esto una interpretación dentro de un contexto jurídico en tanto sistema normativo,⁵²⁰ pero también dentro de una tradición común. Solo así un término podría alcanzar el significado exacto para la comunidad de hablantes a la que fue dirigido. Esta es la función del intérprete (judicial). Así, por ejemplo, un juez latinoamericano internacional mira su entorno y dentro del sistema normativo, auto limitativo como condición de existencia, sostiene un punto de vista para decidir un caso. Se sigue luego, que puede existir una característica regional, cuando los intereses en la redacción de un tratado estén situados en una zona geográfica del mundo.⁵²¹

La interpretación sistémica nos hace volver a la idea de que el derecho no es un discurso de asignación libre sino contenido por sus propias reglas: el proceso de interpretación es una dialéctica entre el texto mismo y el sistema normativo donde se encuentra, de ahí que logre una armonización cuando existan conflictos entre normas, sin que, por supuesto sea la panacea a todo la problemática del derecho internacional, incluso de la compleja regla de interpretación de las normas.⁵²²

La idea pues de la integración sistémica exige observar alrededor de la ley especial y luego hacer, como en círculos concéntricos, una toma panorámica de donde se encuentra ubicada la norma dentro del derecho general. “Sin el principio de “integración sistémica” sería imposible plasmar y mantener viva cualquier noción del bien común de la humanidad que no sea reducible al bien de alguna institución o “régimen” particulares.”⁵²³ Funcionaría como una suerte de cláusula de compatibilidad universal en

⁵¹⁸ Cfr. TEDH, *Loizidou v. Turkey (Merits)* sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 44; TEDH, *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr. 79.

⁵¹⁹ Según la Comisión, “Ese artículo es la más clara expresión formal del carácter sistémico del derecho internacional.” Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 420.

⁵²⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 423.

⁵²¹ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, pp. 202 – 203.

⁵²² Cfr. Campbell McLachlan, *op. cit.*, pp. 318 – 319.

⁵²³ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 480.

la que el intérprete podría acudir cuando el conflicto escapara a una técnica jurídica precisa;⁵²⁴ allá donde se agoten los medios, digamos, ordinarios, aparecerá el deber del intérprete (prudente) de actuar conforme a toda forma pertinente de derecho internacional.

No podemos los juristas caer en una trampa académica y utilizar lentes distintos que aislen a un área de especialidad del derecho internacional. Quien se acerca al derecho internacional de los derechos humanos, al derecho comercial internacional, al derecho penal internacional, al derecho diplomático y consular, debe saber que el punto de partida es el derecho internacional general.⁵²⁵ En efecto, no obstante los integrantes de los órganos judiciales, cuasi judiciales y organismos de protección de derechos humanos están compuestos por juristas orientados a ramas diferentes como, entre otras, el penal, constitucional, comunitario, filosofía del derecho, internacional, el marco jurídico que utilizan es el internacional, de ahí la exigencia del conocimiento –histórico incluso-, de sus instituciones.⁵²⁶

No es que no pueda salirse de él, al contrario, de los sistemas jurídicos que se conocen en Occidente, el internacional suele ser el más abierto a su evolución: el valor, aunque disminuido, de la norma consuetudinaria lo demuestra. Pero los juristas tenemos la obligación de justificar en qué medida las instituciones de la ley general ceden el paso a la *lex specialis*, y una vez que esto llegue, deberá perturbar al mínimo la construcción del derecho internacional general.

La fragmentación del derecho internacional es constancia de su evolución, pero como los planetas y el universo, hay normas superiores que todavía buscan una coherencia dentro de un sistema. Lo contrario, las opiniones encontradas, harían perder todavía más la convicción de que el derecho internacional puede válidamente construir

⁵²⁴ Se usa la frase de Rousseau de cláusula de compatibilidad universal. Cfr. Rousseau, Charles, "De la compatibilité des normes...", *cit.*, p. 190.

⁵²⁵ Cfr. Cohen – Jonathan, Gérard y Flauss, Jean-François, "Cour européenne des droits de l'homme et droit international general", *cit.*, pp. 675 – 693.

⁵²⁶ Cfr. Conforti, Benedetto, "Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale", *cit.*, pp. 13 – 28.

algo. Al final, los otros métodos de interpretación deberían ampararse en la integración sistémica y la prudencia judicial, porque así se reduciría, sin duda, el peligro de la fragmentación.⁵²⁷

CAPÍTULO IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL A NIVEL INTERNACIONAL: UNA REFERENCIA A LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Los principales actores del derecho internacional se han mostrado celosos de su función legisladora. Excepcionalmente le han sido otorgadas a otras instituciones no estatales la competencia de crear normas que les sean obligatorias a los propios Estados. Ese celo se muestra de especial forma con los tribunales y cortes internacionales, a quienes, de entrada, no se les permite crear normas. La función principal de los jueces es resolver controversias, no crearlas; tampoco son sus funciones formular propuestas de ley, crear estándares mínimos o sumar derechos humanos so pretexto de interpretación evolutiva. Cualquier situación parecida a ésta se traduce en un replanteamiento de la relación entre el derecho y la política internacionales y la definición de roles en el escenario global.⁵²⁸

No obstante el principio de división de poderes es una columna vertebral de la comunidad política interna, no parece que suceda exactamente lo mismo dentro de la sociedad internacional, pues no es claro si la estructura de las relaciones internacionales realmente obedece, en todas sus manifestaciones, a intereses colectivos, o a necesidades globales.⁵²⁹ La distinción entre los tratados–ley y los tratados–contrato pareciera que ayudan a resolver esa cuestión, pero no definitivamente, pues un tratado colectivo no siempre es una manifestación decidida de todos los actores de la sociedad internacional (esto mismo, sin embargo, puede decirse de las comunidades internas, donde no todos los actores participan de las decisiones fundamentales; piénsese, por ejemplo, en quienes no acuden a las urnas electorales).

⁵²⁷ Cfr. CEDH, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, Arrêt de 29 avril, 2002, p. 35, párr. 54.

⁵²⁸ Cfr. Bedjaoui, Mohammed, "Expediency in the decisions of the International Court of Justice" *British Yearbook of International Law*, pp. 2 y 3.

⁵²⁹ Cfr. Kolb, Robert, *op. cit.*, pp. 2 – 3.

Así, en la relación Estado – juez internacional descansan dos de las funciones importantes ingeniería internacional que, evidentemente, cada una de ellas tiene un peso diametralmente distinto. Puede decirse que el juez tiene funciones residuales en la vida de la comunidad internacional. Que la competencia de la CIJ sea facultativa para los Estados es una muestra de ella: su funcionamiento depende de que los Estados, los “soberanos”, así lo decidan.

A pesar de este diseño, en últimas fechas, como ya dimos cuenta, los tribunales y las cortes internacionales proliferaron y en algunos casos adquirieron vida propia, incluso por encima de la voluntad de quienes los crearon. Hay otros, en cambio, que a pesar de seguir atados a la voluntad estatal para que conozcan de controversias, han logrado también desarrollos importantes no sólo en el afianzamiento de su estatus, sino en la protección de los derechos y la exigencia de obligaciones de los sujetos del derecho internacional. A esta función es a la que hemos dedicado buena parte de estudio en los capítulos pasados y en la que nos detendremos en este, como búsqueda de respuesta a cuestiones como: los jueces internacionales, siendo o no limitados por la soberanía de los Estados, ¿bajo que espacio pueden moverse en la asignación de tales derechos y obligaciones internacionales? ¿Cuáles son exactamente las herramientas de las que se vale un juez para decidir una controversia? ¿Piensan los jueces que su margen de acción es sumamente limitado frente al aparato estatal?

Mas este trabajo no es sino una primera aproximación, no definitiva de eso que los jueces hacen, al interpretar una norma y al decidir una controversia; un acercamiento a la zona no normativa que se denomina discrecionalidad judicial. No daremos cuenta de todo lo que los jueces piensan (son ellos en todo caso quienes deberían hacerlo) sino solamente advertir que ese espacio existe, y que de la forma en cómo se maneje va buena parte del desarrollo del derecho internacional actual, al lado de la voluntad estatal, e incluso fuera de ella. Así, en el fondo de este debate entre la función legislativa y judicial internacionales, se encuentra el diseño mismo del derecho internacional, que puede traducirse en la puesta en duda de un principio fundamental: la división de poderes en sede internacional.

La tesis se desarrolla de la siguientes forma: hemos sostenido que el derecho internacional no puede ser contenido en las viejas instituciones decimonónicas y que, por el contrario, nos lo encontramos en partes desiguales; una de ellas es el derecho internacional de los derechos humanos que contiene normas, instituciones y órganos judiciales propios; luego, dentro de todas las posibilidades de conflicto generadas por la convivencia de esas partes del derecho internacional, la que produce mayor interés es la función judicial. Así, lo que tratamos de revisar aquí es que los jueces de derechos humanos, al interpretar una norma se mueven dentro de herramientas extrajurídicas, extra-textuales que confirman su discrecionalidad.

El camino que tomaremos será, primero, analizar la función de los jueces internacionales, luego, justificaremos su discrecionalidad al mencionar casos del derecho internacional general; en seguida revisaremos la discrecionalidad judicial de las cortes Europea e Interamericana y, al final, propondremos una forma de utilizar las reglas del derecho internacional para frenar el activismo acelerado de la Corte Interamericana, al mismo tiempo que construya sólidamente una cultura de respeto por los derechos humanos en América Latina.

Se revisará en alguna medida el camino trazado por los jueces internacionales en buena parte de sus decisiones. Pero este recorrido no será, bajo ninguna circunstancia, una obsesión de saber qué y cómo resuelven los jueces para de allí reafirmar una concepción del derecho internacional de los derechos humanos que continúe la inercia iniciada a partir de 1945. O sea, no se construye una teoría del derecho internacional judicial a partir de los casos.⁵³⁰ Se trata, como lo hemos planteado, de un movimiento inverso, en donde los conceptos teóricos de las épocas de la Independencia americana o de la Revolución francesa, seguidas de buena parte de la visión internacional de los derechos humanos en la época de la segunda posguerra, no corresponden a las

⁵³⁰ A diferencia del método estadounidense, según da cuenta Hart. Cfr. Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Moreso José Juan y Pompeu Casanova (eds), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327 y ss; Hart, H. L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press – Oxford, 1983, pp. 123 – 144.

soluciones dadas por jueces internacionales en la solución concreta de conflictos. Este movimiento, entonces, pretende demostrar cómo los jueces internacionales, específicamente los jueces regionales de derechos humanos, afianzados en la fuerza de las decisiones judiciales, trazan nuevas rutas en una protección de los derechos humanos que llega tarde, y a veces, incompleta.

Un análisis judicial internacional así planteado demostrará, también, cómo del gobierno de las normas consuetudinarias internacionales, hemos transitado al gobierno de los jueces, y pasado por el gobierno de los convenios internacionales. Hoy, y sobre todo en materia de derechos humanos, no estamos frente a la rigidez textual de un tratado sino a la libre interpretación de los jueces. O dicho de otra forma, desde el punto de vista internacional, hemos pasado, en una primera etapa, del derecho de los príncipes soberanos al derecho de los Estados-Nación, luego a los mecanismos de policía de las organizaciones internacionales que buscan instaurar los valores universales (cualesquiera que estos sean, o mejor dicho, así sean los valores de los ganadores de las Guerras), y por último, estamos llegando, con un balance de beneficios y perjuicios, al derecho de los tribunales, de los jueces y sus valores.

4.1 LA FUNCIÓN JUDICIAL A NIVEL INTERNACIONAL. LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTE DEL DERECHO.

No hay todavía un internacionalista contemporáneo que estudie las fuentes del derecho internacional fuera del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵³¹ sea para criticarlo o para justificarlo. Si bien, cuando fue redactado, se pensó en la solución de las controversias que le fueran sometidas a la Corte Permanente de Justicia Internacional, y luego fue reproducido íntegramente, en 1945, en la entonces nueva Corte Internacional

⁵³¹ Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, cit., pp. 4 y ss.; Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, cit., pp. 279 y ss.; Rousseau, Charles, *Droit International Public Approfondi*, París, Dalloz, 1961, 17 y ss.; Shaw, Malcolm, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2004, 57 – 77; Treves, Tullio, *Diritto Internazionale...*, cit., pp. 222 y ss.; De cualquier forma, el artículo 38 recoge lo que ya se consideraba en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, propuesto por el Comité de Juristas en 1920, y, en todo caso, éstos no hicieron sino reforzar, en términos generales, aquello que la práctica internacional mostraba. Pellet, Alain, *Commentary... cit.*, pp. 684 – 689.

de Justicia, la formulación que realiza alcanza como apoyo necesario cuando se pretende demostrar el procedimiento formal de creación del derecho internacional. Así, la concepción clásica ahí planteada distingue claramente entre el derecho general, espontáneo o común, del derecho particular, convencional o voluntarista; en el primero se estudia al procedimiento consuetudinario, y dentro del segundo a los tratados (en medio de ellos, con una naturaleza todavía incierta, se encuentran los principios generales del derecho), y todos ellos forman el conjunto de fuentes principales del derecho internacional. Si se sigue la línea trazada por el artículo 38 entonces la doctrina y las decisiones judiciales solamente tienen funciones esclarecedoras en la definición del derecho principal aplicable; por ejemplo, en la acreditación de los elementos de la costumbre internacional.⁵³²

Pero esta concepción tradicional de fuentes del derecho internacional no es limitativa ni excluyente (además de no plantear jerarquía entre ellas). En los últimos años se han agregado los actos unilaterales de los Estados, (incluso ya reconocidos por la propia Corte Internacional bajo el *pacta sunt servanda*),⁵³³ la actuación de las organizaciones internacionales, o todavía más, el *soft law*, empujado en buena medida por decisiones de instituciones internacionales que protegen y promueven los derechos humanos. Esta nueva apreciación de las fuentes internacionales, al lado de la multiplicación de los tribunales internacionales y por tanto de las decisiones judiciales internacionales, así como el uso y afianzamiento del *ius cogens*, constatan parte del desarrollo progresivo del derecho internacional. Sin embargo, hacer una referencia específica a los jueces tiene una razón fundamental: la función judicial, pensando en la devolución al *status quo* del derecho internacional anterior a la violación, parece que invade la soberanía estatal y no sólo resuelve una controversia, sino que legisla, o exige legislación. Es decir, el juez se transforma prácticamente en un legislador internacional, e

⁵³² Cfr. Treves, Tullio, *Diritto Internazionale...*, cit., pp. 222, 279 – 286.; Virally, Michel, “Fuentes del Derecho Internacional” en Sorensen, Max (ed), *Manual de Derecho Internacional...*, cit., pp. 178 - 180; Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 184 y ss.

⁵³³ Cfr. International Court of Justice, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, párr. 47 – 53.

irrumpe, de esa forma, en una función que ha sido dada a los Estados, o excepcionalmente a algunas organizaciones internacionales.

Ahora bien, no es suficientemente claro establecer si el Estatuto de la Corte Internacional permite a los jueces crear derecho o sólo identificar y luego aplicar el derecho. Esa obscuridad en el texto dirige, necesariamente, al nacimiento del decimonónico positivismo francés y de la Escuela de la Exégesis, en donde los jueces no son sino aplicadores del derecho, en tanto son voz de la ley. Sobre el rol de la jurisprudencia, Nguyen sostiene que hay, al menos en el último cuarto del siglo pasado, un consenso en el ámbito académico de admitir que ni la jurisprudencia, ni la doctrina crean reglas de derecho.⁵³⁴ Su función es determinar el contenido de las normas convencionales o consuetudinarias. Pero en ausencia de ellas, el juez no tendría material jurídico obligatorio para resolver una controversia. Georges Scelle,⁵³⁵ por el contrario, afirma que la jurisprudencia sí puede tener un auténtico sentido de fuente del derecho, pues el acto jurisdiccional funciona de igual forma en el sistema jurídico interno y en el internacional.

Entonces el juez sí puede buscar el anclaje de su decisión a normas convencionales o consuetudinarias, a través de interpretaciones, o en última instancia, él mismo podrá crear una solución a la controversia. Que esto así sea, significa que el derecho internacional no se agota en tratados y convenciones, ni tampoco en prácticas reiteradas con sentido de obligatoriedad, sino que puede hacer falta la decisión del juez, la opinión de los académicos, las decisiones no vinculantes de instituciones internacionales, etcétera.

No obstante esto, subsiste la reticencia de los Estados a admitir que los jueces internacionales creen derecho, pues quedarían fuera del “control” y de la “voluntad” estatal. Es decir, en el fondo, la idea de otorgar semejante poder a los jueces significaría,

⁵³⁴ Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, pp. 390 y ss.

⁵³⁵ Cfr. Scelle, Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 1948, p. 225.

absolutamente, disminuir a muy poco el “sacrosanto” principio⁵³⁶ de la soberanía estatal y, todavía más, rediseñar el derecho internacional. No basta decir aquí que los Estados, en ejercicio de su soberanía aceptan la competencia contenciosa de los órganos jurisdiccionales y que por tanto, aceptan también la decisión final que los mismos órganos pueden tomar. Sino que, una vez creado el órgano jurisdiccional, y aceptada la competencia contenciosa, en realidad, se crea un órgano supranacional con fuerza infinita, o casi infinita, pero por encima, en cualquier caso, de la voluntad soberana de los Estados. Ahora bien, dentro de esto a lo que nos referimos como jurisprudencia se encuentran las decisiones judiciales creadas por vía jurisdiccional o arbitral, nacionales o internacionales.⁵³⁷

Esta distancia entre la creación de un órgano judicial internacional por acuerdo de voluntad estatal y su desempeño más allá para lo que ha sido creado se observa con mayor evidencia en las cortes regionales de derechos humanos. En efecto, una corte o tribunal internacional no nace por la exigencia de las personas físicas, o por decisiones naturales, es un acto de voluntad estatal (o de su representante, para pensar en el Consejo de Seguridad y en los tribunales penales *ad hoc*). Y al igual que una organización internacional, no han superado la estructura de las relaciones y del derecho internacionales clásicos, antes, al contrario, la presuponen. Nacen dentro de ellos, y por supuesto los fortalecen. Contribuyen, en todo caso, a la evolución del derecho internacional contemporáneo, al hacerlo más democrático, social y humanizado.⁵³⁸ Es más, las jurisdiccionales internacionales (excepto la jurisdicción penal) están hechas para que los propios Estados sean juzgados, son ellos los justiciables principales, y de ahí que el diseño del propio derecho internacional obedezca a ellos.

⁵³⁶ Así se refiere Pellet, Alain, *Commentary... cit.*,... p. 680.

⁵³⁷ La Corte Internacional de Justicia, en el Caso Alemania vs. Italia de febrero de 2012, al resolver a favor de la inmunidad jurisdiccional del Estado alemán, utilizó precedentes de cortes nacionales, y de esa forma demostró no sólo la práctica reiterada estatal, sino también que lo hacían en atención a una norma obligatoria. *Cfr. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, I.C. J., Judgment 3 February 2012, párrs. 64 y ss.

⁵³⁸ Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 228-229.

Para estrechar el alcance de esto que se dice, estudiaremos a las jurisdicciones regionales de derechos humanos: la europea y la interamericana. Respecto de la primera, seleccionamos casos donde la frase “margen de apreciación” le permite moverse en esa zona en la que el texto de la Convención no alcanza. Los Estados, sin embargo, suelen alegarlo porque les beneficia. En cambio, en el caso del Sistema Interamericano el activismo judicial suele ir en contra de los Estados, y al menos discursivamente, en beneficio de las personas humanas. Al respecto hemos seleccionados casos que inciden directamente en el uso de la ponderación como solución de conflictos, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno y la posición del juez latinoamericano. A diferencia de los casos europeos donde el eje conductor es el margen de apreciación nacional, en los americanos la discrecionalidad aparece en formas distintas.

Pero hagamos aquí una precisión respecto del activismo del órgano judicial interamericano de derechos humanos.⁵³⁹ Cuando decimos que el juez legisla, y que por ello ha adquirido una fuerza superior a la que los Estados quisieron otorgarle, se piensa en tres posibilidades: a) el juez, al interpretar la CADH, crea nuevos derechos; b) el juez, al resolver la responsabilidad internacional, y exigir una reparación, exige la realización de actos estatales generales, en donde el beneficio no sólo es para la víctima, o quienes tienen derecho a él, sino para todos aquellos que puedan encontrarse en el supuesto que se acreditó violatorio de derechos humanos, o que incluso no encontrándose, pertenezcan a un determinado Estado, o vivan en un determinado territorio; c) el juez, al resolver una controversia, fija parámetros que pretende sean obligatorios para los Estados parte de la CADH.

En cada uno de esos supuestos es necesario delimitar su contenido. En el primer caso, el juez legisla, porque exige derechos que en un principio no se encuentran en el texto, sino que los hace aparecer a partir de ejercicios de métodos de interpretación (al menos así lo justifica). En el segundo en cambio, no es un auténtico legislador, pero como

⁵³⁹ Paradójicamente al nacimiento del activismo judicial, también la Corte Internacional de Justicia ha sido definida como activista cuando ha resuelto en contra de Estados Unidos. *Cfr.* Marks, Susan, “International Judicial Activism and the Commodity-Form Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 18, no. 1, 2007, pp. 209 – 211.

sus sentencias son vinculantes y deben ser acatadas, exige que sea el Estado el que corrija una situación en el derecho interno; aquí la consecuencia es lógica y no podría decirse que se escapa a su función, pues si no se corrige la situación a nivel interno, la violación puede perdurar y eventualmente esos mismos casos pueden llegar a la jurisdicción internacional, con el consecuente gasto de recursos económicos, personales, etcétera. En el tercero, también se actúa como un legislador, pues no obstante la creación de normas jurídicas para la solución de la controversia (primer supuesto) pretende que sean obligatorias para los Estados parte de un instrumento internacional, aun cuando la redacción original, y por tanto, la voluntad estatal, no había sido tal. Ante este escenario, por supuesto deben prenderse alertas de lo que se puede denominar como activismo judicial interamericano, en la medida que la función judicial transita, incómodamente para el obligado, a la función legislativa.

Es así que un órgano jurisdiccional que asume funciones legisladoras puede ser criticado por su activismo. En efecto, la noción de activismo judicial ha servido para criticar la conducta de los jueces, primero en el derecho nacional, luego, en el derecho internacional. La frase activismo judicial que refiere la cultura jurídica norteamericana, posterior a la Segunda Guerra Mundial, marca, no sin algo de confusión en su desarrollo conceptual, una serie de diferencias entre las personalidades y aproximaciones entre los integrantes de la Corte Suprema de Estados Unidos de América.⁵⁴⁰ Antes de ser un problema jurídico, esto es, de asignación de significado, de interpretación, aplicación o defensa de la Constitución, fue una diferencia de formaciones. En cambio, ya con la *Corte Warren*, el activismo judicial fue identificado plenamente con una labor progresista que desarrolló una fuerte tradición de no discriminación por raza ni por género, es decir, una reivindicación jurídica de la igualdad, y que sentó una base fundamental para la

⁵⁴⁰ Según Green, el activismo propuesto por Schlesinger refirió primero las características opuestas de los Justices, en la Corte Suprema de Estados Unidos de América, sólo después adquirió el sentido que explicamos aquí, y luego prácticamente se ha confundido con muchos otros sentidos. El desarrollo histórico de la frase “activismo judicial” así como el concepto, pueden verse ampliamente explicados en: Green, Craig, “An Intellectual History of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, Vol. 58, 2009, pp. 1201 y ss.

construcción de la teoría del derecho en ese país.⁵⁴¹ Así, el activismo judicial está cercano a la defensa de los derechos humanos frente a las injerencias del gobierno.

Cuando nosotros nos referimos al activismo de la Corte Interamericana, que resuelve controversias jurídicas entre individuos y Estados, a partir de un texto creado solo por éstos, advertimos una especie de invasión de las funciones legislativas y aquellas que le pertenecen en virtud del artículo 62.3 (o 64 si de competencia consultiva se trata) al órgano judicial. Invasión que puede encontrarse en una ausencia de técnica jurídica en la conformación del texto convencional y que solo puede ser imputable a los Estados; en algunos casos, si los jueces se salen del texto es porque el propio texto lo permite y así, el activismo judicial, no es otra cosa sino un síntoma de la deficiencia con que los Estados han creado la norma.

Con la evidencia del activismo judicial interamericano queremos confrontar la manera en que la Corte IDH suele salir de lo establecido por el texto de un tratado, adoptado por el legislador internacional (es decir los Estados) y, basados en herramientas hermenéuticas, construir un nuevo texto.⁵⁴²

De esta manera se duplica la importancia de un estudio de la función judicial, pues no solo daría fe de la constancia del desarrollo progresivo, y lo impulsaría, sino que, emergería como un nuevo actor internacional que al solicitarle la solución de una controversia, legisla. Referirnos al activismo judicial de un tribunal es poner evidencia cómo su función real escapa a la originalmente planteada. Ahora bien, este activismo judicial puede dar lugar a la discrecionalidad judicial, en la medida que un juez, tiene ante sí un problema jurídico pero muchas soluciones posibles, una de las cuales deberá escoger. Si su decisión final es “liberal” o “progresista” entonces puede ser tachado de activista; lo contrario, es ser ortodoxo. En este trabajo, no vamos a calificar de buena o mala una decisión, ya sea activista o conservadora, o alguna otra posibilidad de valoración

⁵⁴¹ Cfr. Lewis, Frederick P., *The context of Judicial Activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative Age*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999, pp. 25 – 53.

⁵⁴² En el uso norteamericano del vocablo activismo judicial, Green supone que pueden encontrarse los siguientes supuestos: a. error legal; b. un resultado controvertido o indeseable; c. una decisión que nulifica un estatuto; y d. una mezcla de los anteriores e incluso de otros factores. Cfr. Green, Craig, *op. cit.*, p. 1217.

ética, sino solamente a demostrar que existe ese espacio de decisión y que luego, según la manera que argumente podrá convencer o no a la comunidad interpretativa, esto es, a quienes va dirigida la sentencia.

4.1.1 DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Durante el desarrollo del capítulo anterior revisamos cuestiones sobre la interpretación jurídica, y afirmamos que el derecho internacional, mientras lo percibamos como derecho y por tanto expresado en lenguaje, puede ser interpretado.⁵⁴³ El énfasis que hemos pretendido darle está orientado a la interpretación de normas convencionales y a la actividad que realizan los jueces cuando tienen frente a ellos una controversia jurídica. Ahora bien, poco sentido tendría esta segunda orientación si los jueces no son, en el derecho internacional contemporáneo, un factor determinante en la vida de los actores de las relaciones en el mundo, de ahí que ya destacamos la importancia de su función no sólo como constancia de un desarrollo progresivo, sino además, a partir de su activismo. Lo que pretendemos establecer ahora es el camino de la discrecionalidad judicial, a partir de la interpretación de las normas internacionales. Es decir, que en la medida que un juez interpreta el derecho, y al hacerlo utiliza métodos según sea el objeto y fin de un tratado, lo que hace es reflexionar sobre la pertinencia de una o de otra opción, antes de dar el veredicto final. Ahora bien, tanto esta interpretación jurídica como la discrecionalidad judicial, aparecen dentro de toda una aproximación al derecho mucho más general y que debe ser analizada (aunque de forma breve): la argumentación jurídica.

No obstante los trabajos de los juristas de corte constitucional y sobre todo los filósofos del derecho han mantenido un fuerte interés en la argumentación jurídica y en

⁵⁴³ “Es mediante el lenguaje como se construyen los derechos y obligaciones internacionales que constituyen la expresión escrita de la voluntad y del consentimiento estatales.” Fernández de Casadevante Romaní, Carlos. *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 31; y para una referencia sobre el lenguaje del derecho puede consultarse a Tamayo y Salmorán, Rolando. “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa.” en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 5ª. reimp., Fontamara, México, 2005, pp. 89 y ss.

la función de los jueces internos,⁵⁴⁴ los internacionalistas poco han dicho sobre ellos. Es más común encontrar referencias a la interpretación de las normas, pero no necesariamente a la argumentación jurídica, ni tampoco a la discreción judicial internacional. De ahí que en este trabajo se busque trazar puentes entre el trabajo de los primeros con los segundos, pues al final el objeto con el que se trabaja es el mismo: normas jurídicas.

Un puente sugerido en este proceso de diálogo entre la teoría del derecho y el derecho internacional es analizar la función discrecional del juez como una forma de acercarse a la argumentación jurídica, pasando por el proceso de interpretación del derecho. Sin embargo, el tema así planteado sugiere un campo amplísimo de estudio, que podríamos acotarlo con ciertas precisiones, por ejemplo, de la interpretación jurídica, sólo abundamos respecto de normas escritas; de la función judicial, sólo ejemplificamos con tres casos de la CIJ, y nos acercamos a algunas sentencias de las cortes regionales de derechos humanos; y respecto de la argumentación jurídica, sólo dedicamos breves páginas para expresar qué entienden los filósofos cuando hablan de ella. Así pues, iremos aquí de una discrecionalidad judicial general, a una discrecionalidad judicial internacional en derechos humanos.

4.1.1.1 SOBRE QUÉ ES ARGUMENTAR Y QUÉ ES ARGUMENTAR JURÍDICAMENTE.

Argumentar puede considerarse como la expresión lingüística de un razonamiento, jurídico o no jurídico.⁵⁴⁵ Dicha expresión se dirige a un auditorio a través de un discurso. En dicho discurso se utilizan razones. La actividad de argumentar aparece cuando no existe consenso en algún asunto y por tanto se aportan razones sobre alguien o sobre algo. Los objetivos de la argumentación pueden ser: persuadir a otro de aquello que se

⁵⁴⁴ Han sido sobre todo los constitucionalistas quienes han hecho el cruce entre las aportaciones de los teóricos y el propio derecho constitucional a partir de la concepción de derechos fundamentales. Cfr. Atienza, Manuel. "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo a los casos trágicos." en, Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica... cit.* pp. 187 y ss.

⁵⁴⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 19.

afirma o se niega,⁵⁴⁶ reducirlo a silencio u obtener que el auditorio no lo tome en serio.⁵⁴⁷ Si aceptamos estas frases como introducción de un estudio sobre la argumentación no tendríamos problema en admitir que existe la argumentación jurídica.

Para Atienza, “el punto de partida,..., es considerar la argumentación como un acto de lenguaje complejo que sólo cabe realizar (en sentido propio) en situaciones determinadas; concretamente, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la coacción física).”⁵⁴⁸ Así, si se afirma que la argumentación aparece cuando algún tema es opinable es también porque puede existir un conflicto. El campo de la argumentación es el campo de lo verosímil,⁵⁴⁹ lo plausible, lo probable. Por el contrario, no lo es el campo de lo evidente. Ante la evidencia no se argumenta.⁵⁵⁰ Y para opinar o argumentar se expresan argumentos, se delibera a partir de argumentos. Y “un argumento, desde el punto de vista lógico, es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de una de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión).”⁵⁵¹ Argumentar, en todo caso, es aportar razones para justificar una decisión. En sentido general, todos los que deciden, o pretenden una decisión deberán justificarla.

⁵⁴⁶ Esta idea, basada en Perelman, contrasta con la de Rolando Tamayo, al afirmar que quien argumenta, más que convencer, provoca ser vencido. Sin embargo, no parece ser esa la intención de los jueces en su argumentación. En todo caso, los jueces, al justificar su decisión, sostienen su dicho y pretenden convencer que lo hacen en respeto a las normas jurídicas y en última instancia a favor de la justicia. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “El juego de argumentar y cómo jugarlo (partida preliminar a la argumentación jurídica” en García Ramírez, Sergio, (comp.) *Homenaje a Olga Isla de González Mariscal*, Tomo III, México, UNAM, 2007, pp. 368 y ss.

⁵⁴⁷ “Toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contrato intelectual” Perelman, Chaim, y Olbrechts - Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla, Madrid, Gredos, p. 48.

⁵⁴⁸ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 235.

⁵⁴⁹ Para confirmar que la historia del hombre es la búsqueda de la verdad a partir de lo verosímil ver Gabriel Maino, C. A., “La argumentación como camino para la búsqueda de la verdad en la historia de Occidente y en nuestros días”, en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2004, pp. 59 – 92.

⁵⁵⁰ Cfr. Perelman, Chaim, y Olbrechts - Tyteca, L., *Tratado de la argumentación...*, cit. p. 31

⁵⁵¹ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 233.

Cuando se habla de argumentación en el discurso juicio, es común referirnos en primera instancia a la actividad judicial, aunque no es la única manera de argumentación jurídica.⁵⁵² De esta forma, puede decirse que las teorías de la argumentación jurídica estudian los razonamientos en contextos jurídicos; y dichos contextos pueden clasificarse dentro de tres campos:⁵⁵³ 1) la producción de normas, en su fase pre legislativa o legislativa; 2) la aplicación de normas (función judicial) y que tienen que ver con hechos y derecho (interpretación); 3) la dogmática jurídica que además de ordenar un sector del ordenamiento jurídico proporciona criterios para la aplicación y la producción del derecho. Así pues, el estudio que aquí pretende realizarse sobre la argumentación comprende solamente una parte de todo el esquema de la argumentación jurídica, concretándose a la argumentación judicial realizada por los jueces internacionales.

Si ligamos la argumentación jurídica con la función judicial diremos que: “La argumentación jurídica es un estilo para la toma de decisiones, no la substancia de la decisión misma.”⁵⁵⁴ Y de aquí se sigue que no realizamos juicios de valor sobre las justificaciones utilizadas por un juez para sostener un punto de vista, sino la suficiencia de la argumentación, o quizá, la inconsistencia de los argumentos. Cuando se analicen las sentencias o decisiones de las cortes regionales de derechos humanos lo que se quiere advertir es sobre el estilo que tienen para resolver las controversias, y si tal modo de hacerlo es convincente.

La argumentación jurídica es una tarea tan amplia, que encierra la idea de interpretar y de aplicar (a estas dos actividades ya hemos aludido en el desarrollo del tercer capítulo). Un juez, por ejemplo, puede argumentar interpretando, pero no sólo interpretando. Haría falta echar mano de otros tantos argumentos que en principio no tienen relación con la tarea de interpretar. Y en un momento final, el juez aplica el derecho, ya interpretado. La aplicación, que consiste en la correspondencia de los hechos

⁵⁵² Cfr. Bandieri, L., “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2004, p. 17.

⁵⁵³ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 19.

⁵⁵⁴ Cfr. Kahn, Paul, *op. cit.*, p. 44.

con el supuesto normativo, es una tarea que le corresponde por esencia a los jueces, y a quienes realizan funciones de policía o de solución de controversias (a éstos últimos, en el ámbito interno, sería mejor denominarles funcionarios administrativos, pero no corresponde con esa división en el ámbito internacional).

Al aplicar el derecho, los jueces pueden utilizar una lógica deductiva: a partir de una premisa mayor (la norma aplicable al caso) y de una premisa menor (los hechos considerados probados) se llega a la conclusión (el fallo).⁵⁵⁵ O cuando no es posible aplicar una subsunción, pueden recurrir a otras herramientas, o sea, en los “casos difíciles”. En cualquier caso, la obligación de los jueces es justificar.⁵⁵⁶ El camino que un juez ha escogido para solucionar una controversia es el mejor, solo en la medida que puede convencer de ello.

A propósito de esa justificación, debe advertirse la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. En el primero los jueces no suelen estar obligados a explicar sus decisiones porque quizá estén basadas en motivos diferentes al contexto jurídico normativo, mientras que el contexto de justificación está referido a las decisiones basadas en interpretaciones del texto legal. “La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas.”⁵⁵⁷ En efecto, la que nos interesa a nosotros por ahora, por describirse en justificaciones jurídicas, es el contexto normativo que utilizan los jueces para resolver una controversia y que apunta directamente a la interpretación de un tratado. Los jueces internacionales, según puede leerse en sus votos, no justifican su

⁵⁵⁵ Atienza, Manuel, “*Argumentación Jurídica*”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *op. cit.*, pp. 231 y ss.; También “Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión.” Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 356.

⁵⁵⁶ En términos generales se habla de tres deberes conexos de los jueces, deberes que no son exclusivos de los jueces nacionales, sino también de los jueces internacionales: deber de resolver los casos, deber de fundar los fallos y deber de aplicar el derecho. Mendonca, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, España, Universidad de Almería, 1997, pp. 49 – 50.

⁵⁵⁷ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, pp. 24 – 25.

decisión en herramientas externas al derecho (aun cuando las haya, no son evidentes), sino que la ajustan a un método de interpretación, es decir, a un contexto de justificación normativo.

Por último, puede advertirse de la importancia de la argumentación sobre los hechos. Cuando en los estudios jurídicos se comenzó a hablar de la argumentación, poco se atendió a la argumentación sobre los hechos, es decir a la valoración de los hechos donde tenía que aplicarse una norma. Pero ahora es claro que la argumentación que haga un juez sobre los hechos, permite la manipulación o adaptación de la norma y luego del resultado. Por eso decimos que al final, la valoración de pruebas, que determinen las circunstancias de la realización de una conducta, otorga una movilidad al juez para decidir el derecho. Según Andrés Ibáñez fue desde los mismos jueces como se percibió el mayor relieve de los hechos, pues allí radica la soberanía de quien decide el derecho. La argumentación sobre los hechos es “una dimensión de la actividad judicial – la relativa a la *quaestio facti* – escasamente atendida, cuando paradójicamente es la que permite al juez mayor uso de la discrecionalidad.”⁵⁵⁸ De esta forma, bien puede decirse que el juez es discrecional cuando interpreta el sentido de una norma, pero también lo es cuando prueba la evidencia de que algo sucedió. Lo que queremos decir es que, en ambos casos, el juez puede interpretar una conducta, una norma, y luego aplicarla, pero en ese tránsito de una a otra, hay una discreción que debe ser sólidamente argumentada.

4.1.1.2 EVIDENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL INTERNACIONAL.

Es momento de clarificar la idea de la discrecionalidad judicial, entendida no como arbitrariedad del juez sino como la facultad de decisión frente a un abanico de posibilidades respecto de la interpretación y aplicación de una norma.⁵⁵⁹ En efecto, dentro de todo el campo de la argumentación jurídica, importa en este momento demostrar solamente la existencia de una discrecionalidad judicial internacional. Esto

⁵⁵⁸ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005, p. 11.

⁵⁵⁹ Cfr. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, 2ª. edición, Fontamara, 2002, pp. 37 y ss.; Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM, pp. 221 y ss. El intérprete, de hecho, trabaja con un material que le permite en mayor o medida su intervención directa, esa es la discreción. Cfr. Twining, William, y Miers, *op. cit.*, p. 225.

quiere decir que, fuera del juez, también puede presentarse otro tipo de discrecionalidad,⁵⁶⁰ por ejemplo, la de los gobiernos en el momento de aceptar o no a los representantes diplomáticos de otros Estados. Dentro de la discrecionalidad judicial internacional, nos sirve de mejor manera el material en el que un juez tiene varias soluciones correctas y jurídicamente posibles; o sea tiene el poder de seleccionar entre dos o más alternativas.⁵⁶¹

Si el juez resuelve una controversia, entonces la discrecionalidad aludida requiere, necesariamente, de una disputa entre la partes.⁵⁶² Allá donde hay consenso entre las partes no hay discrecionalidad, pues el juez no tiene absolutamente nada que resolver; es decir, se es discrecional sólo cuando se sigue la idea del contradictorio internacional.⁵⁶³ Sólo en esta medida, la discrecionalidad judicial es capaz de resolver una controversia.

La discrecionalidad judicial internacional, por otro lado, niega la posibilidad de una respuesta única.⁵⁶⁴ En efecto, sólo existe discrecionalidad cuando al menos dos soluciones lícitas pueden ser utilizadas. Si una de ellas es ilícita, el juez no puede utilizarla sino para enfatizar su ilicitud. Pero si existen dos o más soluciones lícitas, entonces ellas competirán para resolver la controversia. Esta decisión judicial “final”, desde el ámbito interno, puede ser absoluta o relativa.⁵⁶⁵ Es decir, puede ser sujeta a controles posteriores, por vía judicial, o incluso por vía política, o administrativa judicial.⁵⁶⁶

⁵⁶⁰ Cfr. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., pp. 32 y ss.

⁵⁶¹ Cfr. Barak, Aharon, *La discrezionalità del giudice*, Milán, Giuffrè editore, 1995, p. 16

⁵⁶² Cfr. Perelman, Chaim, *Logica giuridica nuova retorica*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 10 y ss.

⁵⁶³ Para conocer la noción de disputa o controversia en derecho internacional es recurrente el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional “*A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.*” PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, August 30th, 1924, Series A, no. 2, pág. 11.

⁵⁶⁴ Podría también seguirse la postura de Ronald Dworkin y sus seguidores, que sostienen que hay una sola respuesta correcta para cada caso. De otra forma, no se “toman los derechos en serio”. El propio Dworkin distingue entre la discreción débil de la discreción fuerte (en esta los positivistas hablan de discrecionalidad judicial). Cfr. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002 pp. 83 - 101.

⁵⁶⁵ Cfr. Barak, Aharon, *op. cit.*, pp. 26 – 28.

⁵⁶⁶ Cfr. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., pp. 127 – 143; 215 y ss.

En el derecho internacional esto no siempre sucede.⁵⁶⁷ En los casos de las Cortes Internacional de Justicia y de la Interamericana de Derechos Humanos, la ausencia de auténticos recursos en las jurisdicciones supranacionales le otorga una discrecionalidad absoluta al juez internacional, no sujeta a ningún tipo de control. ¿Quién les puede decir a ambas, bajo un discurso jurídico válido, que sus decisiones discrecionales en ausencia de control pueden llegar a ser arbitrarias? La discrecionalidad no significa que un juez pueda resolver cualquier controversia sin ningún límite; debe respetarse un principio fundamental respecto de la seguridad procesal de las partes, pero también de la seguridad jurídica en general.

El derecho, dice Bedjaoui, es la ciencia de la seguridad. De ahí que sus operadores oficiales, o sea, los que cumplen funciones ejecutivas, legislativas y judiciales deben contribuir a ella; la seguridad jurídica no niega la discrecionalidad de un juez, pues en ese caso, podrían sustituirse los jueces por computadoras.⁵⁶⁸

Además, el juez internacional no se limita por el precedente judicial, aun cuando ha sido resuelto por el mismo órgano jurisdiccional. En todo caso, el precedente jugará un papel fundamental dentro de esas alternativas entre las que tendrá que escoger, pero bajo ninguna circunstancia es determinante. Los propios órganos internacionales se han apartado de su propio criterio,⁵⁶⁹ yendo en dirección opuesta, o también, permitiendo el crecimiento del mismo. Una discrecionalidad así entendida puede mover y adaptar el

⁵⁶⁷ Sí sucede, en cambio, con el Órgano de Apelación de la OMC, aunque solamente respecto de interpretación de normas (incluso el consenso negativo podría ser una tercera instancia). También es posible recurrir en el derecho penal internacional, en el sistema europeo de derechos humanos, o en los tribunales transnacionales. Mientras que en los casos de la Corte Internacional de Justicia y la Corte IDH la discrecionalidad es absoluta.

⁵⁶⁸ Cfr. Bedjaoui Mohammed, "Expediency in the decisión of the International Court of Justice", *cit.*, pp. 1 – 27.

⁵⁶⁹ Piénsese por ejemplo, en el caso de la Corte Internacional de Justicia, en su visión sobre la interpretación evolutiva, ya señalada en el capítulo anterior. La Corte Interamericana se apartó también de su propia práctica en el nombramiento de jueces *ad hoc*, al resolver la Opinión Consultiva no. 20.

derecho internacional a una controversia específica; esto es, permitiría una flexibilidad permanente del sistema jurídico.⁵⁷⁰

Aun cuando estamos en una etapa en donde el derecho internacional descansa más en los tratados que en otro tipo de normas, eso no significa que deba ser un sistema estático. Es precisamente la discrecionalidad judicial sólidamente argumentada la que, dentro de los límites establecidos, permite oxigenar y crecer a los órganos y sujetos del orden internacional.

Pero también permitirá a los jueces mostrarse cautos al momento de la interpretación y luego de la aplicación. Es esta discrecionalidad judicial la que permite a la CIJ ser más voluntarista que teleológica en la búsqueda del significado. En cambio, la Corte Interamericana, en esa discrecionalidad que le permiten las zonas oscuras del discurso abierto de los derechos humanos, se olvida de la voluntad estatal y prefiere intereses superiores a ella (al menos así pretende justificar). Podría decirse que la Corte Internacional es voluntarista en la medida que su competencia también lo es; o sea, que funcione solo cuando los Estados acepten su jurisdicción, significa que le orienta en alguna medida a decidir en un sentido mucho más conservador. Cuando no lo es (sin que eso signifique que sea liberal o activista), por ejemplo en casos contra Estados Unidos de América, le cuesta la denuncia de su competencia. Pero bajo este esquema, también la Corte Interamericana depende de la voluntad estatal para su funcionamiento y ella no se ha mostrado preocupada por ello. En efecto, el interés por la protección de los derechos humanos le permiten a ella moverse con mayor discreción y a los Estados reducir su margen de crítica. En cambio, el TEDH, no obstante cuenta con jurisdicción obligatoria encontró, como veremos más tarde, en el margen de apreciación, el argumento idóneo para moverse discrecionalmente, a veces a favor del Estado, a veces a favor de la defensa y protección de los derechos humanos.

⁵⁷⁰ Cfr. Martín Rodríguez, Pablo J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 26 – 32; 147.

Por último, para demostrar que existe una zona de misterio en donde la norma no tiene un único significado, y la selección de uno u otro, y luego su aplicación depende de la visión del juez, mencionaremos tres criterios importantes de la jurisprudencia de la CIJ, aun cuando el desarrollo posterior se hará con base en criterios de cortes regionales de derechos humanos. Este procedimiento metodológico que expone tres casos del órgano judicial de las Naciones Unidas pero luego se centra en cortes regionales de derechos humanos, debe ser justificado: 1) la discrecionalidad judicial internacional le atañe a todos aquellos jueces que pertenecen a órganos judiciales internacionales; pero de todos ellos, la referencia obligada suele ser la CIJ por ser el órgano judicial internacional por excelencia; 2) no obstante lo anterior, la argumentación sobre derechos humanos puede resultar más ejemplificativa de lo que pretendemos decir, que hacerlo por ejemplo con problemas de tipo territorial que ha resuelto el órgano jurisdiccional de la ONU; 3) el propósito del trabajo, en general, es proporcionar un argumento de contención al activismo judicial internacional, a partir del regionalismo, y para ello viene mejor utilizar el material de las cortes regionales de derechos humanos; 4) durante los dos primeros capítulos hemos hecho referencia específica al derecho internacional de los derechos humanos como régimen autónomo, sin embargo, este se ubica dentro del derecho internacional general, y lo que se pueda decir de aquel en materia de discrecionalidad judicial, puede ser también utilizado para quienes utilizan el derecho internacional general.

Así pues, el Caso Canal de Corfú, el Caso Teherán y el Caso del Genocidio Serbio, sirven como punto de reflexión sobre un tema mucho más general que la propia argumentación sobre derechos, pues incluirían temas de distinta índole en donde se advierte la insuficiencia del derecho internacional positivo para solucionar una controversia. Las sentencias que resolvieron tales casos en el fondo pueden provocar sensaciones encontradas: o que el órgano jurisdiccional no alcanzó la extensión deseada en la apreciación de los hechos y del derecho aplicable, o que elaboró ficciones jurídicas para justificar su fallo, o también que han servido para dar fe del desarrollo progresivo y

de alguna manera profetizar principios como el de la inviolabilidad de la soberanía estatal.⁵⁷¹

Por ejemplo, en el *Caso Canal de Corfú*, el hecho de que la Corte haya reparado la violación a la soberanía territorial de Albania con la declaratoria de violación y la emisión de la sentencia,⁵⁷² sin exigir, quizá como algunos lo han propuesto, una disculpa pública del que ya era miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, puede significar que la Corte fue cauta, pues por otro lado, el daño producido a los buques ingleses fue reparado, efectivamente, con 843,947 libras esterlinas.⁵⁷³ Pero al mismo tiempo, reconocer que la soberanía del mar territorial albanés fue violada por el gobierno británico constituyó la construcción de un pilar fundamental, pues afirmó la Corte que cualquier pretensión de un derecho de intervención es una política de fuerza prohibida en la concepción del derecho internacional.⁵⁷⁴ Luego, en el *Caso relativo al personal diplomático de los Estados Unidos de América en Teherán, Irán*, la Corte sostuvo que los militantes iraníes, quienes habían ingresado a la embajada estadounidense y tomado como rehenes al personal diplomático, se convirtieron en agentes del Estado a través de una ficción jurídica,⁵⁷⁵ y por tal motivo, produjeron responsabilidad internacional para el

⁵⁷¹ Por ejemplo, para revisar el Caso Corfú, primera controversia resuelta por la Corte de la Posguerra, como decisión profética en materia de derecho internacional ambiental. Cfr. Bedjaoui, Mohammed, "An international contentious case on the threshold of the Cold War", en *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.), Reino Unido, Routledge, 2012, p. 15. Se basa esta postura en lo que el juez Álvarez denominó el (nuevo) derecho de interdependencia social. Cfr. Opinión disidente de M. Álvarez, Judgment of April 9th, 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 44.

⁵⁷² "This declaration is in accordance with the request made by Albania through her Counsel, and is in itself appropriate satisfaction" *The Channel Corfu Case*, Judgment of April 9th, 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 35; D'Argent, Pierre, "Reparation and compliance" en *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.), Reino Unido, Routledge, 2012, pp. 335 – 337. Ver también, sobre la reparación del daño moral, Iovane, Massimo, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁵⁷³ Cfr. *The Corfu Channel Case (assessment of the amount of compensation due from the people's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Judgment of December 15th, I. C. J. Reports 1949, p. 10.

⁵⁷⁴ Cfr. *The Corfu Channel Case*, Judgment of April 9th, 1949, ICJ, Reports 1949, págs. 34 – 35. También Bennouna, Mohammed, "The Corfu Channel case and the concept of sovereignty" en *The ICJ and the Evolution ...*, *cit.*, pp. 16 – 20.

⁵⁷⁵ Los teóricos del derecho, en efecto, han advertido la presencia de ficciones en el lenguaje jurídico. Finalmente, el lenguaje en el que está expresado el derecho crea conceptos que sólo habitan en él. En este

Estado iraní;⁵⁷⁶ por último, en una sentencia de febrero de 2007, la Corte constata que hay genocidio, al menos en Srebrenica, pero luego afirma que no puede satisfacerse el *test* del control efectivo (ya aplicado en el Caso de Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua)⁵⁷⁷ y, por tanto, no puede atribuir el acto genocida al Estado serbio.⁵⁷⁸ Esto último significa que, si bien existió el genocidio, no puede atribuirse como una conducta estatal, y por consecuencia, producir responsabilidad internacional.

Las alternativas de la Corte podrían haber sido, por ejemplo, en el Caso Corfú, no establecer que las explosiones se habían dado dentro del territorio albanés, pues había una sombra de duda sobre el lugar exacto,⁵⁷⁹ o en el Caso Teherán quedarse con la responsabilidad internacional iraní que ya había sido declarada por la omisión al recinto diplomático, y por último, en el caso del genocidio serbio, establecer la comisión del crimen internacional con las referencias que había hecho el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia.

Con estos tres ejemplos –presentados, si se quiere, arbitrariamente–, puede evidenciarse la existencia de una zona donde el derecho aplicable a una controversia, no alcanza a ser suficiente para decidirla, y por tanto, requiere, de los jueces internacionales, una argumentación, o interpretación, o incluso la creación de *test* necesarios para la solución justificada de la disputa.⁵⁸⁰ Y también puede advertirse cómo el problema de la discrecionalidad y de la interpretación (por tanto, de la argumentación jurídica) puede presentarse en términos de la valoración de hechos, o del derecho. Mientras que en el Caso Corfú o en el Caso del Genocidio el problema es si realmente fueron realizados los hechos y dónde, en el Caso Teherán el problema es de derecho, pues es necesario

punto, el derecho camina cercano a la teología; incluso, el derecho internacional. Cfr. Kelsen, Hans. *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*. Presentación de Ulises Schimill, Fontamara, México, 2003, pp. 17 y ss.

⁵⁷⁶ Cfr. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, pp. 30 y ss.

⁵⁷⁷ Cfr. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment Of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, párrs. 108 y ss.

⁵⁷⁸ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, párrs. 231 – 376.

⁵⁷⁹ Cfr. Opinión disidente de M. Azevedo, párr. 5, p. 81.

⁵⁸⁰ Cfr. Pellet, Alain, *Commentary... cit.*, pp. 788 – 790.

determinar si los estudiantes son o no considerados agentes estatales, lo que ya significa un revestimiento jurídico.

La discrecionalidad judicial internacional así planteada juega un papel fundamental en un sistema jurídico: pues es en esa prudencia de los jueces donde se encuentra la última llamada a la coherencia del derecho internacional, que de origen puede presentar ya problemas en la consistencia de sus normas. Los factores de discrecionalidad son factores de estabilidad del sistema. El justo medio debe ser encontrado por los jueces antes de dictar una sentencia.

Dicho lo anterior, y evidenciados los problemas en el derecho internacional general, toca revisar la función judicial de las cortes regionales de derechos humanos, específicamente el TEDH y la Corte Interamericana.

4.2 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El derecho internacional de los derechos humanos tiene características que no se presentan de la misma forma en otras normas internacionales, entre otras cosas por la fuerte influencia ideológica de las cartas constitucionales. Y si bien eso ha roto mucho de los esquemas del derecho internacional general, como aquel referido a los sujetos, y propiciado otros diálogos que de otra forma no se hubieran presentado, como las cortes regionales de derechos humanos, hay otros temas que no han sido debidamente resueltos: las herramientas teóricas jurídicas con las que deben ser analizados los derechos humanos consagrados en normas internacionales. Es decir, no está claro si el jurista debe acercarse al derecho internacional de los derechos humanos bajo los lentes de un constitucionalista, o por el contrario, con la óptica internacionalista. Los resultados podrían ser diferentes.

Este planteamiento confirmaría la postura de que la frontera entre el derecho internacional y el interno, al menos en derechos humanos, está prácticamente desvanecida, sin embargo, no puede decirse que un tratado internacional pertenece

exclusivamente al derecho constitucional, o todavía más, que una constitución es derecho internacional.

Esta indefinición está presente en la composición de los órganos judiciales regionales, pues no se exige que sean expertos en derecho internacional, y muchos de los jueces que han llegado a los órganos regionales de derechos humanos tienen una fuerte tradición constitucionalista; lo que provoca un acercamiento distinto a las normas que protegen derechos humanos.

Así, cuando pretendemos hablar de la discrecionalidad judicial del TEDH no debemos perder de vista al menos dos elementos: 1) hablamos de 47 Estados (prácticamente todos los Estados europeos) comprometidos en la protección y promoción de los derechos humanos; 2) al lado del Consejo de Europa subsiste la Unión Europea que cada vez con mayor fuerza ha abierto la puerta a la concepción de los derechos humanos e incluso al Convenio Europeo de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales.

Los jueces internacionales no pueden perder de vista el contexto institucional en el que se desarrolla su función de discrecionalidad. Es decir, un juez no puede acercarse a resolver una controversia como si fuera un legislador redactando un tratado; debe tener claro para qué ha sido puesto en el lugar dónde está. Así, hay una diferencia abismal entre el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, organizaciones donde nacieron el Convenio Europeo y la Convención Americana: la noción de integración. Una falsa apreciación de este elemento puede acarrear complicaciones a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales respectivos.

El párrafo 3 del Preámbulo del Convenio Europeo demuestra que los esfuerzos de los Estados integrantes del Consejo de Europa están encaminados a formar una unión; esto significa, derribar barreras jurídicas para construir posturas comunes en la protección de derechos humanos, no obstante la diversidad de culturas (jurídicas, sociales, lingüísticas, políticas, económicas, etc.) de todo el territorio europeo. Ni la OEA, ni la CADH prevén una situación similar, pues están basadas en aspectos de cooperación

entre los Estados miembro de la organización regional, demostrados en los principios de buena vecindad y solidaridad, y de defensa de intereses (territoriales) comunes. Esto no significa que la protección de un derecho debe necesariamente ser distinta en una institución o en otra, significa, que el órgano judicial debe actuar de forma distinta según el diseño institucional en el que se encuentre. O lo que es lo mismo, no puede existir una traslación de conceptos de una institución a otra sin antes mirar el diseño del derecho internacional que le ha dado lugar.

El estudio del derecho internacional de los derechos humanos debe tomar en cuenta las herramientas constitucionales pero también la estructura del derecho internacional. Por ejemplo, actualmente, dentro de la protección multinivel que es aludida en la literatura europea, puede afirmarse que han pasado de ser un sistema binario de integración en distintas materias, como lo supone el Consejo de Europa y la Unión Europea, a un sistema integrado al menos en la protección de los derechos humanos.⁵⁸¹ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ya tiene un mismo valor jurídico que los otros tratados constitutivos de la Unión, forma, junto con el Convenio Europeo, un bloque sólido de protección de derechos en los territorios de los 27 y los 47 Estados que forman la Unión y el Consejo respectivamente. En ambos casos el hilo conductor es una integración y puede hablarse de una teoría europea de los derechos fundamentales y de un nuevo *ius commune europaeum*.⁵⁸²

Ahora bien, este *ius commune* no es igual a un derecho único, que evite el pluralismo o que repudie el derecho nacional, propio de cada Estado. Es apenas un rasgo en la integración de varios Estados. Es un rasgo de una cultura general, en medio de muchas más diferencias particulares. Y precisamente la posibilidad de maniobrar dentro de ese esquema del derecho común pero no único, es la discrecionalidad judicial evidenciada en el margen de apreciación nacional.

⁵⁸¹ García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 40 y ss.

⁵⁸² “El espacio jurídico está constituido por el complejo jurídico material del derecho de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de los derechos públicos nacionales. Visto así, ya existe un *ius publicum europaeum*.” Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público...*, cit., p. 41.

Es claro que en la Europa de los derechos, la Corte de Estrasburgo no es un tribunal constitucional ni por las herramientas procesales que utiliza, ni tampoco por la naturaleza de su jurisdicción. La protección judicial de los derechos y libertades consagrados en el Convenio de Roma, se encuentra dentro de una garantía a la manera constitucional pero al mismo tiempo en el marco del carácter subsidiario de la jurisdicción. No es un tribunal constitucional en cuanto a las herramientas procesales, porque no puede invalidar una norma jurídica que ha sido producida por un órgano legislativo estatal; lo que puede hacer, en todo caso, es declarar su inconventionalidad y luego, bajo el amparo de la responsabilidad internacional estatal, condenar al Estado a una reparación adecuada. Por su carácter subsidiario, no puede tampoco resolver en vía prejudicial la compatibilidad de una norma general estatal con la Convención, o sea, no se pronuncia en abstracto sobre la coherencia de un pretendido sistema constitucional; debe esperar un acto de aplicación y posteriormente dar la oportunidad al Estado de que corrija por vía constitucional incluso la violación a los derechos humanos. Sólo cuando los medios constitucionales fallan, entonces puede aparecer la vía internacional.⁵⁸³

No obstante, se ha reconocido que el Convenio configura un documento constitucional del orden público europeo, en aquello que se relaciona con la protección de derechos.⁵⁸⁴ Esa situación le ha valido para que en el continente se asuma como un órgano judicial distinto a cualquier otro internacional, pues en la medida que apunta a una unión, puede fijar estándares mínimos cuando los encuentra. No es esa la tarea por ejemplo de la CIJ y no debiera ser tampoco, con base en su diseño, la de la Corte IDH.

4.2.1 LA NOCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE DERECHOS Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL “NACIONAL” COMO EVIDENCIA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.

⁵⁸³ Cfr. Flauss, Jean-François, “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Cour Constitutionnelle?” en Flauss, Jean- François y de Salvia, Michel (eds.), *La Convention européenne des droits de l’homme: Développements récents et nouveaux défis*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 69 – 80. García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 214 - 218.

⁵⁸⁴ Cfr. TEDH, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, (Application no. 15318/89), Judgment of 23 March 1995, párr. 75, p. 22.

Existe ya una abundante jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de margen de apreciación nacional (o estatal), pero no se advierte un consenso en su uso. En realidad, fue en ámbito nacional donde se comenzó a utilizar la frase, antes de que se hiciera en el derecho internacional, y con referencia a una discrecionalidad administrativa.⁵⁸⁵

En el derecho internacional, no hay referencia doctrinal al margen de apreciación nacional, ni tampoco se puede encontrar una mención en los trabajos preparatorios al CEDH, fue la Comisión Europea, extinta a partir del Protocolo no. 11, la que encontró en el artículo 15.1 del Convenio,⁵⁸⁶ la posibilidad de utilizarlo. Dicho artículo permite a los Estados emplear ciertas medidas en el marco de una emergencia, o incluso en tiempos de guerra; pero no es evidente la existencia de un margen de apreciación estatal.

Después, de los primeros casos en los que ya utilizó la frase sobresalen el *Lawless*⁵⁸⁷ y el *Belgian Linguistic*.⁵⁸⁸ En el primero, el que fuera el último Relator especial de la CDI sobre Derecho de los Tratados, y en ese entonces presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Humphrey Waldock, sostuvo que los gobiernos efectivamente tienen un margen de apreciación en las circunstancias que describe el propio artículo 15 y que deben sopesarse, en la posibilidad de una restricción a un derecho fundamental, los intereses públicos.⁵⁸⁹ En el segundo la Corte sostuvo un examen de proporcionalidad entre los medios empleados que restringían un derecho y la correspondencia con el fin perseguido. A partir de este momento abundan las referencias

⁵⁸⁵ García Roca da cuenta que el Consejo Constitucional francés usaba *marge d'appréciation*, y la literatura alemana hablaba de *espacio de valoración* o *espacio de libertad de decisión*. Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 108 – 109. También Yourov, Howard Charles, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 14 – 15.

⁵⁸⁶ “Artículo 15. **Derogación en caso de estado de excepción** 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.”

⁵⁸⁷ Cfr. TEDH, *Lawless vs. Ireland*, Judgment of 7 April, y Judgment of 1 July, Serie A, nos. 2 y 3.

⁵⁸⁸ Cfr. TEDH, *Case relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (No. 2) Merits, Serie A, no. 6, 1968.

⁵⁸⁹ Cfr. Yourov, Howard Charles, *op. cit.*, p. 17

al margen de apreciación ya sea alegado por los Estados, criticado por los particulares o utilizado por la Corte.⁵⁹⁰

Así pues, esta herramienta debe ser vista como una posibilidad de restricción o de interferencia estatal en el goce y disfrute de los derechos. Eso significa que, al utilizarla, el juez puede manejar discrecionalmente conceptos, entre otros, como la proporcionalidad, la naturaleza del derecho de que se trate, el fin perseguido para justificar la restricción, los límites expresos en el propio Convenio (esto es, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, en tanto constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática), y realizar un justo equilibrio entre los intereses individuales y los beneficios colectivos. Ese espacio de maniobra del juez es precisamente una discrecionalidad judicial.

Es correcto afirmar entonces que estamos en presencia de casos donde la subsunción o la correspondencia lógica entre el supuesto normativo y los hechos no es tarea sencilla. Y dado que el margen de apreciación se ubica dentro de la noción de limitaciones o restricciones a los derechos ya sea por una injerencia estatal debidamente justificada, o también para preferir los derechos de terceros, estaríamos en presencia de la colisión de normas jurídicas en la que, al menos una de ellas, contiene un derecho humano. De ahí que hagamos un paréntesis para revisar la postura de Robert Alexy y la posibilidad de utilizar el juicio de proporcionalidad.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Se remite a un estudio minucioso de los casos paradigmáticos posteriores a 1969 y durante la década de los 80, en la obra referida de Yourod Howard Charles. Luego, en las páginas que siguen revisaremos solo algunos que parecen importantes. Pero de cualquier forma, debe entenderse que la doctrina del margen de apreciación es hoy un argumento común en las decisiones del TEDH y, aunque con menos fuerza, en la Corte de Luxemburgo.

⁵⁹¹ Al respecto hay suficiente literatura en español, entre los cuales pueden verse Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002; Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., Madrid, CEPC, 2007; Alexy, Robert, "La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento", en *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 10, Padova, CEDAM, 2005; Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006; Ferrajoli, Luigi. *Diritti fondamentali...*, cit.; Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007; Domingo De, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 321 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª.

Primero refiramos la noción de los conflictos de derechos –mejor sería decir conflictos entre normas o principios que confieren derechos– que pueden presentarse de muchas maneras y aun cuando se sigan teorías distintas sobre la justicia, o sobre derechos humanos. Desde luego, existen las teorías normativas (Ferrajoli) que afirman que no hay posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales en abstracto,⁵⁹² y si los hay no son graves y pueden resolverse en la fase de aplicación; pero también existen las teorías descriptivas (Alexy) en donde los derechos pueden colisionar y no puede saberse qué derecho prevalecerá en cada situación concreta. Aquí “el juez, antes de aplicar uno u otro principio de una forma que puede ser reconstruida como subsuntiva, pondera o balancea (según la terminología hoy en día muy de moda) los principios en cuestión, determinando cuál debe prevalecer en el caso que está juzgando.”⁵⁹³

Vale entonces mencionar que para solucionar la colisión entre estas normas se debe distinguir entre reglas y principios. Alexy considera a los principios como mandatos de optimización. “Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas”⁵⁹⁴ mientras que las reglas son mandatos definitivos y sencillamente se cumplen o no. El conflicto entre principios –y por tanto mandatos de optimización- no se encuentra dentro de la dimensión de validez de las normas, sino dentro de la dimensión del peso. Ante esto, un principio debe ceder al otro sin que éste se considere inválido, sino que en el caso concreto, aquél tendrá mayor peso. De ahí que, el presupuesto teórico para aplicar juicio de proporcionalidad, es aceptar la existencia del conflicto de principios, pues sólo de esta manera se podrán colocar en la balanza dos normas.

ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 617 y ss; Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta – IJ UNAM, 2005, pp. 108 y ss.

⁵⁹² Ver también, sobre una teoría no conflictiva entre derechos fundamentales (basada en la teoría de Peter Häberle): Domingo De, T., *op. cit.*, pp. 321 y ss.

⁵⁹³ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

⁵⁹⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 185.

El juicio de proporcionalidad incluye tres etapas (también denominados subprincipios): la adecuación o también llamada idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.⁵⁹⁵ Respecto de los dos primeros subprincipios, es decir, de la idoneidad y la necesidad, se trata solamente de *“evitare forme di limitazione dei diritti fondamentali laddove tale soluzione non intacchi altri principi, vale a dire dell’applicazione del criterio paretiano di ottimizzazione.”*⁵⁹⁶ Esto es, antes de llegar a la ponderación en sentido estricto deberán verificarse la idoneidad o adecuación de la medida, y por otro lado, la necesidad de la misma. Una vez superados estos presupuestos, se podrá ponderar en sentido estricto bajo la “ley de la ponderación”: *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*⁵⁹⁷

Ahora bien, evidentemente esta referencia a la postura de Alexy no aparece en la redacción del CEDH (no lo estará tampoco en la de la Convención Americana), como tampoco aparece mencionado el margen de apreciación, sin embargo son herramientas ampliamente utilizadas por el TEDH. Si se hace una unión entre el desarrollo teórico y la práctica judicial podría decirse que:

- 1) El juicio de proporcionalidad recoge la noción de límites o interferencias a los derechos y libertades;
- 2) Dentro de ese juicio de proporcionalidad (y sus tres subprincipios) caben las frases convencionales como *prevista por la ley, necesidad de la medida en una sociedad democrática, perseguir un fin legítimo* y la de creación judicial: *margen de apreciación estatal.*

No hay una sistematización contundente en el uso de tales frases en la jurisprudencia, pero sí puede establecerse que:

⁵⁹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 87 y ss.

⁵⁹⁶ Alexy, Robert, “La formula per la quantificazione...” cit., p. 99. Cfr. Alexy Robert, *Teoría de la Argumentación...*, cit., p. 350.

⁵⁹⁷ Alexy, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 161.

- a. La precisión de que una limitación debe estar *prevista por la ley* y *perseguir un fin legítimo* pueden encuadrarse dentro del subprincipio de adecuación o idoneidad;
- b. Cuando el TEDH recurre al concepto *necesidad de la medida en una sociedad democrática*, que aparece en los artículos 8 al 11 (y que incluye el derecho al respeto a la vida privada y familiar; las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión; de expresión; y de reunión y asociación)⁵⁹⁸ en realidad podría ubicarse dentro del subprincipio de necesidad del juicio de proporcionalidad; y
- c. El margen de apreciación estatal puede ubicarse dentro del subprincipio de idoneidad o adecuación, para justificar un fin legítimo, o bien dentro de la necesidad de la medida en una sociedad democrática. Pero también puede ser utilizado como un argumento autónomo, fuera del juicio de proporcionalidad.

De lo anterior, se aprecia que el margen de apreciación sirve también como un criterio de *desproporcionalidad*, que puede estar alimentado, a su vez, por el principio de subsidiariedad que estructura el funcionamiento del TEDH.⁵⁹⁹ O sea, el margen de apreciación determina la discrecionalidad del juez con base en la estructura y funcionamiento del sistema –subsidiario- al que pertenece. Los jueces europeos no están llamados a sustituir las decisiones domésticas, de la misma manera que no invaden la reserva que le está dada a los Estados que son parte del Consejo de Europa.

Es este margen de apreciación el que puede permitir una orientación a la *unión* europea en la protección de derechos humanos al mismo tiempo que respeta la

⁵⁹⁸ Los artículos 8 al 11 siguen una estructura similar en donde el primer párrafo establece el contenido del derecho mientras que las restricciones aparecen en el segundo. Para una revisión del uso del margen de apreciación en estos artículos puede verse: Prebensen, Søren, “The margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention, *Human Rights Law Journal*, Vol 19, No. 1, pp. 13 – 17; Yourow, Howard Charles, *op. cit.*, pp. 110 – 118.

⁵⁹⁹ Es más, es el margen de apreciación es un elemento inmanente al principio de subsidiariedad. Y éste “... juega siempre de abajo hacia arriba y no a la inversa, pues de otro modo el interés europeo siempre produciría la ablación del interés nacional, y éste del interés regional y éste a su vez del interés local”. García Roca, *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 97, 93 – 100.

diferencia cultural, esto es, el pluralismo de la noción de los derechos fundamentales como limitación a su pretendida universalidad. De ahí también que el margen de apreciación pueda ser amplio o estrecho según se puedan verificar circunstancias como el derecho de que se trate, la restricción alegada, el consenso europeo, entre otras.⁶⁰⁰ Lo que puede preverse es que, cuando la Corte sostiene un margen de apreciación estrecho, entonces declarará la violación, en cambio, cuando lo considera amplio, justificará la medida restrictiva.

Establecer los límites a los derechos no es una tarea que le pertenezca a los jueces internacionales sino a los legisladores nacionales. Aquéllos, en cuanto haya una controversia, deberán revisar que la limitación cumpla un canon de exigencia, y ahí es cuando pueden hablarse de un justo equilibrio entre los intereses públicos y los derechos de las personas físicas.⁶⁰¹ Pero esta posibilidad le otorga un espacio de maniobra amplísimo que puede modificar la resolución según se trate de uno o de otro Estado. Por ejemplo, la libertad religiosa no puede ser analizada desde la óptica turca en un caso italiano; o un asunto de terrorismo no puede ser juzgado de igual forma en Suiza, Turquía o en España. O también, dicho margen de apreciación es amplio o estrecho según la restricción de que se trate, por ejemplo, en la restricción de la libertad de expresión política, el Estado cuenta con un estrecho margen, a diferencia de la libertad de expresión con fines publicitarios, donde es amplio.⁶⁰²

Por último, antes del análisis de casos donde ha operado el margen de apreciación y por tanto la discrecionalidad judicial, debemos exponer las opiniones generadas sobre su uso en la jurisprudencia del TEDH. Pueden ubicarse al menos tres posiciones: 1) la

⁶⁰⁰ Cfr. El consenso europeo, como un argumento del margen de apreciación, se desarrolló al amparo del establecimiento o no, de un entendimiento estándar sobre “moral pública”, a partir de la posible violación al artículo 10 (libertad de expresión). Cfr. ECHR, *Handyside Case v United Kingdom*, Judgment of 7 December, 1976, Serie A, No. 24, párrs. 57; Yourow, Howard Charles, *op. cit.*, pp. 46 – 47; CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, Arrêt, 18 mars, 2011, Opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva, p. 49, párr. 1.

⁶⁰¹ Para una revisión sobre las decisiones del justo equilibrio en el TEDH ver a Mowbray, Alastair, “A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 10, no 2, 2010, pp. 289 – 317.

⁶⁰² En reciente sentencia se ha confirmado este criterio: CEDH, *Affaire Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, Arrêt de 13 juillet 2012, párrs. 59 – 63.

postura más crítica respecto de la doctrina sostiene que el margen de apreciación es un pretexto para que el órgano judicial abdique su responsabilidad de resolver el fondo de una limitación a un derecho; 2) una crítica, no a la doctrina sino al uso de ella, apunta que el margen de apreciación permite a la Corte evadir una determinada situación; y 3) aquellos que justifican o legitiman el uso del margen de apreciación pues lo entienden como una manifestación acertada de prudencia judicial.⁶⁰³

Esta prudencia judicial en el margen de apreciación –es la postura de Mahoney-⁶⁰⁴ no debe permitir que las particularidades nacionales terminen por derribar o destruir la concepción de la universalidad de los derechos, sino solamente destacar que también tienen un lugar en el esquema de la protección internacional de los derechos humanos. Y además, las restricciones no deben basarse en la soberanía nacional, que ya es de por sí un concepto desgastado, ni tampoco es carta blanca a los Estados para hacer lo que deseen, sino una evidencia de las diferencias culturales en la diversidad europea.

En conclusión a este apartado debe decirse que los jueces internacionales cuentan con el margen de apreciación nacional como una herramienta amplísima de su discrecionalidad, que permite abrir o cerrar, ampliar o restringir, los alcances del Convenio Europeo. Eso les permite, dentro de su función institucional en el marco de integración europea, proteger derechos humanos al tiempo que preservar intereses nacionales por encima de los particulares, cuando una argumentación razonable alcance para ello. Entonces podrán hacer una ponderación y encontrar un justo equilibrio en el conflicto por la limitación de derechos. Lo que sigue a continuación es ver a detalle algunos de los casos donde el margen de apreciación fue utilizado ya sea para ampliar el ejercicio de un derecho, en perjuicio del Estado, o viceversa.

⁶⁰³ Se sigue aquí la propuesta de Mahoney, Paul, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?” *Human Rights Law Journal*, Vol 19, no. 1, 1998, pp. 1 – 2. Luego, en el Reporte General del Seminario realizado en Estrasburgo, en 1998, entre abogados del TEDH, Schokkenbroek sigue la clasificación de Mahoney. Cfr. Schokkenbroek, Jeroen, “The Basis, Nature and Application of the Margin – of – Appreciation Doctrine en the Case-Law of the European Court of Human Rights” *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1., pp. 30 – 31. García Roca, en cambio, da cuenta de las posiciones 1 y 3, y señala una ecléctica. Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 118 – 122.

⁶⁰⁴ Cfr. Mahoney, Paul, *op. cit.*, p. 6.

4.2.2 EL DISCURSO SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DEL *LEYLA SAHÍN* AL *LAUTSI*.

El hilo conductor del *Caso Leyla Sahin vs. Turquía*⁶⁰⁵ y el *Caso Lautsi vs. Italia*⁶⁰⁶ es el artículo 9 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma de 1950, que contempla la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; en el *Caso Lautsi*, además, se vincula con el artículo 2 del Protocolo no. 1 (en tanto *lex specialis* del 9 del Convenio), que establece el derecho a la instrucción que tienen los padres respecto de sus hijos. Ambos, han generado buena dosis de prurito académico y movilidad política: el velo en Turquía, bajo determinadas circunstancias, puede ser identificado con partidos políticos en el poder; y el crucifijo en Italia, movilizó a gobiernos de distintos Estados que llegaron como terceros amigos de la Corte, sobre todo en el proceso ante la Gran Sala.

En los dos casos, además, el Estado queda absuelto por el órgano judicial según el margen de apreciación con el que cuentan, no obstante en uno se trata de prohibir el uso del velo islámico en las aulas universitarias y en el otro de permitir el crucifijo en las aulas de educación primaria. En Leyla, por ejemplo, el margen de apreciación fue visto a la luz de un elemento del juicio de proporcionalidad, en cambio, en Lautsi, en la sentencia de la Gran Sala, el margen de apreciación fue un elemento autónomo, que no fue visto dentro del juicio de proporcionalidad.

Veamos el primero. Leyla Sahín, de nacionalidad turca, era estudiante de la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul. En febrero de 1998, el Rectorado de esta Universidad dictó una circular en la que estableció que no serían admitidos en cursos ordinarios estudiantes con barba o con velo. En suma, la señorita Leyla no pudo presentar examen en un curso, mientras que en el curso siguiente no pudo ser inscrita.⁶⁰⁷ Se alegó

⁶⁰⁵ Cfr. CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 29 june, 2004. Hay una sentencia de la Gran Sala que confirmó esencialmente la primera, CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 10 novembre, 2005. Se dará preferencia en el estudio a la sentencia de la Gran Sala.

⁶⁰⁶ Tomamos primero como referencia la sentencia de la Segunda Sala, CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, (Requête no. 30814/06) Arrêt, 3 novembre 2009. Pero el Estado italiano recurrió a la Gran Sala donde ganó finalmente el caso. CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, Arrêt, 18 mars, 2011. Estas dos sentencias serán citadas a lo largo del análisis.

⁶⁰⁷ Cfr. CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 29 june, 2004 párrs. 10 – 25.

la violación al artículo 9, libertad de conciencia y religión; artículo 8, respeto a la vida privada y familiar; y también al artículo 2 del Protocolo no. 1, entre otros. Las autoridades universitarias y el gobierno sostuvieron que tales normas beneficiaban a la comunidad musulmana, más que perjudicarla. Y entonces, llegado el asunto al TEDH, debió revisar, primero, si existía una restricción a la libertad religiosa, y luego, si esa restricción cumplía con los requisitos contemplados en el propio Convenio Europeo, es decir, prescrita en la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Señalaremos los puntos más importantes de la sentencia:

1. La Gran Sala no tiene problema en confirmar la posición de la Sala referente a la acreditación de la medida restrictiva. O sea, que las autoridades hayan impedido el uso del velo a Leyla Şahin constituía una injerencia en su libertad religiosa.
2. Al citar criterios reiterados que enfatizan el carácter material de la “ley” y no solamente el carácter formal, la Corte sostiene que la medida sí esta prevista en la ley (respecto de la decisión tomada por el Rector de la Universidad basada en una ley que le otorga competencia), y que el fin perseguido es el respeto de los derechos y libertades de terceros (como esto último no fue controvertido por las partes, la Corte lo asume sin justificarlo).⁶⁰⁸

La discrecionalidad de la Corte es evidente al momento de analizar si la medida es *necesaria en una sociedad democrática*.

3. Recuerda la Corte que la libertad de pensamiento, conciencia y religión representa, en su dimensión religiosa, un sentido de vida personal para los creyentes, pero también para los ateos, agnósticos, escépticos o para los indiferentes. Esto significa que se tiene libertad de adherirse a una religión o de no hacerlo. Si lo hace, la libertad de religión inicia en el fueron interno, pero también implica la libertad de manifestación de manera colectiva, en público,

⁶⁰⁸ Cfr. CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, cit., párr. 99.

o en el círculo donde se comparta una misma fe (incluye aquí la enseñanza, el culto, la práctica y cumplimiento de los ritos, etcétera.)⁶⁰⁹

4. Cuando conviven varias religiones en una sociedad democrática se debe asegurar un ambiente de conciliación, neutro e imparcial entre los intereses de los diversos grupos religiosos (esa es la obligación estatal positiva que enmarca el artículo 9 del Convenio) a fin de asegurar la tolerancia religiosa y la paz pública, así como el pluralismo. La democracia, en este sentido, debe ser vista no como la imposición de la mayoría sino como un equilibrio entre ésta y el respeto de la minoría.⁶¹⁰
5. Es precisamente cuando entran en juego las relaciones entre el Estado y la religión, que es necesario utilizar un margen de apreciación. En el caso, es notorio la diversidad de regulación, o ausencia de ella, en las legislaciones internas europeas. En la medida que no hay uniformidad de tratamiento, no hay un consenso europeo, y entonces es decisión de cada Estado preservar o no una tradición y escoger la forma de hacerlo. En eso consiste el margen de apreciación estatal y la Corte solo está llamada a revisar si la restricción es proporcional o no al fin perseguido.⁶¹¹
6. Así pues, la Corte debe impedir la manifestación religiosa de la señorita Leyla, porque de esa forma no se ejerce presión a otras estudiantes de portar un velo. Se limita un fundamentalismo religioso o extremista para asegurar el pluralismo basado en la laicidad constitucional turca y la neutralidad estatal. Y

⁶⁰⁹ *Ibidem*, párrs. 104 – 105. Cfr. CEDH, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Grand Chambre, párr. 34.

⁶¹⁰ Cfr. CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, *cit.*, 106 – 108. “Pluralisme, tolérance et esprit d’ouverture caractérisent une «société démocratique». Bien qu’il faille parfois subordonner les intérêts d’individus à ceux d’un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l’opinion d’une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d’une position dominante... Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d’une société démocratique.”

⁶¹¹ *Ibidem*, párrs. 109 – 111.

esta restricción, encuentra la Corte, está basada y es proporcional al fin y a los medios empleados.⁶¹²

De esta forma, en el *Caso Leyla Sahin*, el resultado fue que no se viola el artículo 9. La Corte afirma que la señorita Leyla usó el velo islámico por obedecer un precepto religioso con el cual estaba plenamente conforme, pero al mismo tiempo sostiene que el Estado, válidamente, puede restringir ese derecho en beneficio colectivo. Es preferible restringir la libertad religiosa de Leyla Şahin, que permitirle el uso del velo en la escuela, y con ello, obligar de alguna manera a que lo porten las otras mujeres musulmanas. Turquía, una sociedad democrática y laica, pero de fuerte tradición musulmana, puede restringir la libertad religiosa gracias a que cuenta un amplio margen de apreciación.

Veamos el segundo. La señora Lautsi, madre de dos hijos de 11 y 13 años, Dataico y Sami Albertin, que estudiaban la educación básica en Abano Terme (al final, cuando ellos fueron mayores de edad también continuaron con la demanda, de ahí que se hable en la sentencia de tres demandantes cuando al inicio sólo había recurrido la madre en representación), sostiene que el Estado italiano violó su derecho a la libertad de conciencia y religión en relación con el derecho de instruir a sus hijos en cualquiera de ellas, pues el crucifijo que existe en las aulas de clase son muestra innegable de la influencia católica en un Estado laico. Asimismo, los hijos alegaron que la exposición de un crucifijo en las aulas de clase desconocía su derecho a recibir una educación abierta y pluralista orientada al desarrollo de una capacidad crítica. En este caso, también el TEDH revisará si la medida restrictiva a tales derechos está prescrita en la ley, persigue un fin legítimo y si es una medida necesaria en una sociedad democrática.

En el razonamiento de la Sala, sí hay violación, aun cuando el Estado alegó que el crucifijo no solamente constituye un símbolo religioso.⁶¹³ En efecto, el uso de crucifijos en aulas públicas, sí es contrario al derecho de los padres de educar a sus hijos en la religión que ellos decidan. De lo contrario significaría que el Estado asume una postura

⁶¹² *Ibidem*, párrs. 112 – 123. “... compte tenu de la marge d’appréciation des Etats contractants en la matière, la Cour conclut que l’ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l’objectif visé.” párr. 122.

⁶¹³ *Affaire Lautsi, cit*, párr. 35.

confesional. En una sociedad democrática, es necesaria la pluralidad de ideas, pues de esta forma se asegura la convivencia de varias formas de expresar el pensamiento. El gobierno italiano también alegó que tenía un margen de apreciación,⁶¹⁴ pues en Grecia, por ejemplo, era necesaria la presencia de un ministro de culto ortodoxo para todas las ceremonias civiles y militares. Es decir, no hay una práctica europea que permita construir un parámetro aplicable en todos los casos. Por último, el gobierno italiano, argumentó que gracias precisamente a la construcción plural de los partidos políticos de inspiración cristiana es que ha dejado algunos símbolos religiosos en los salones de clase.

El derecho aplicable en el caso Lautsi se remontaba incluso al Decreto Real No. 4336, del 15 de septiembre de 1860 del Reino del Piamonte-Cerdeña, y que una vez unificada Italia (1861), se convirtió en su primer documento constitucional. En tal Decreto se establecía que cada escuela debería estar provista de un crucifijo.⁶¹⁵ Luego, cuando Roma se convierte en capital del Reino, el crucifijo cae en desuso hasta el período fascista, que con la Circular no. 68, del 22 de noviembre de 1922 se ordena restituir los símbolos de la fe y del sentimiento nacional (o sea, el crucifijo respecto de la primera y el retrato del Rey respecto del segundo).⁶¹⁶ En la sentencia de 2009, en los párrafos del 16 al 26, el TEDH demuestra una sucesión de hechos, incluidos los Tratados de San Juan de Letrán de 1929 y hasta el Protocolo Adicional de 1984, y los artículos 7 y 8 de la Constitución Republicana de 1948, que afirman la independencia y la soberanía del Estado y de la Iglesia Católica, así como la libertad de profesión religiosa de los individuos siempre que no vayan en contra del orden jurídico italiano. Así quedaba demostrada, por un lado su fuerte tradición de vincularse a la Iglesia Católica, al tiempo que se formaba un nuevo concepto de laicidad (ampliamente ya reconocido por la Corte Constitucional Italiana).

⁶¹⁴ *"Au demeurant, il n'y a pas de consensus européen sur la manière d'interpréter concrètement la notion de laïcité, si bien que les Etats auraient une plus ample marge d'appréciation en la matière."* Ibidem, párr. 41.

⁶¹⁵ *Cfr. Affaire Lautsi...*, 2011, cit., párr. 17.

⁶¹⁶ En el cuerpo de la sentencia de 2009, en los párrafos del 16 al 26, el TEDH demuestra una sucesión de hechos, incluidos los Tratados de San Juan de Letrán de 1929, y el Protocolo Adicional de 1984, el artículo 7 de la Constitución Republicana de 1948, que necesariamente implican a Italia con una profesión católica; así como criterios recientes de la Corte Constitucional italiana donde se enfatiza el principio de laicidad del Estado.

La Sala de la Corte sostiene que, en el contexto de la enseñanza que imparte el Estado, la neutralidad asegura el pluralismo en una sociedad democrática, y por lo tanto, Italia tiene un margen de apreciación restringido, pues su pasado claramente le une a la Iglesia Católica. La exposición obligatoria de un símbolo de una confesión religiosa, hecha en el ejercicio de una función pública restringe el derecho de los padres de educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los hijos de creer o no creer en algo. La llave del “margen de apreciación” le permitió a la Sala seleccionar una de las dos posibles salidas al caso. Es decir, utilizó la discrecionalidad que el propio Convenio Europeo le permite.

No obstante, Italia recurrió la sentencia y alegó que la Sala no había considerado el margen de apreciación estatal justificado en la falta de consenso europeo respecto de la regulación de símbolos religiosos en escuelas públicas.⁶¹⁷ La Gran Sala, en marzo de 2011, le otorgó la razón al Estado, lo que equivalía a ampliar su margen de discreción.

El asunto fue de tal interés para los procesos de integración en Europa que varios Estados hicieron valer su opinión, así como organizaciones no gubernamentales e, incluso, la opinión de 33 parlamentarios europeos actuando de forma conjunta. Si se conoce la decisión final vale dar atención al pronunciamiento conjunto de Armenia, Bulgaria, la Federación de Rusia, Grecia, Lituania, Malta y San Marino, liderados por Joseph H. H. Weiler,⁶¹⁸ así como de los parlamentarios europeos. En el primer caso, la participación del Profesor de la Universidad de Nueva York, quien además es conocido por su profunda fe judía así como por su conocimiento de la realidad europea, fue

⁶¹⁷ En Francia –excepto en Alsacia y Mosela-, Georgia y Macedonia existe una prohibición expresa; y sin existir una prohibición, los símbolos religiosos en escuelas públicas aparecen en Austria, en algunas zonas de Alemania, en España, en Irlanda o en Rumania. Además, continua la Corte, en Suiza existió un pronunciamiento de incompatibilidad con la neutralidad religiosa de un ordenanza comunal que preveía la presencia de un crucifijo; en Alemania, la Corte Constitucional Federal sancionó como contraria a la neutralidad del Estado y difícilmente compatible con la libertad de religión de los niños, una norma bávara; en Polonia, en cambio, la Corte Constitucional declaró compatible con el principio de separación Iglesia – Estado, una ordenanza del Ministerio de Educación que permitía la exposición de crucifijos en aulas públicas y en España, el Tribunal de Castilla y León sostuvo que los símbolos debían ser retirados si mediaba una demanda explícita de los padres. *Cfr. Affaire Lautsi ...*, 2011, *cit.*, párrs. 26 y 27. El argumento de Italia aparece en el párr. 34.

⁶¹⁸ El discurso ante la Gran Sala de la Corte puede ser leído en: <http://www.zenit.org/article-29769?l=english>

ampliamente sugerente para la Corte, pues sostuvo que en el razonamiento de la Sala había una confusión en el uso del concepto de neutralidad señalado claramente en el párrafo 47 de la sentencia recurrida.⁶¹⁹ En efecto, cuando la Corte afirma que la neutralidad garantiza el pluralismo olvida que el laicismo, como principio no era una ausencia de fe sino intolerancia a la iglesia; en cambio la neutralidad exigía no solo permitir una libertad religiosa individual sino la libertad de religión misma. El laicismo, y no laicidad, representa una acción hostil del Estado hacia la iglesia.⁶²⁰

Además, subrayó que las relaciones Estado – Iglesia en los Estados europeos se presentan de muchas y variadas formas (quizá las más evidentes son Francia y el Reino Unido) y que más de la mitad de la población europea vive en un país no laico. Seguir el criterio de la Sala podía “americanizar” Europa bajo un criterio de la intolerancia, pues muchos Estados europeos tienen un origen profundamente religioso. En cambio, el sistema de protección del Convenio Europeo demostraba que debe habitar el pluralismo y no la intolerancia. En la argumentación de la Sala no existía la visión inglesa, y por lo tanto quedarían fuera de la protección europea. Por último, Weiler enfatizó que si Europa ha abierto sus puertas a otros, siendo así tolerante, no puede ser lo contrario frente a algo que es su identidad: el pluralismo religioso.

Por su parte, los parlamentarios europeos sostuvieron que el TEDH no es una corte constitucional y que por lo tanto debe respetar el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación estatal, lo contrario, sería un mensaje radical para las instituciones europeas.⁶²¹

En la parte dispositiva de la sentencia la Corte resuelve que el derecho de la señora Lautsi a educar y aconsejar a sus hijos permaneció intacto aun cuando haya existido un símbolo religioso, como el crucifijo, en el aula de clases, y por lo tanto no viola

⁶¹⁹ “ ... Le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des convictions religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci. Dans le contexte de l'enseignement, la neutralité devrait garantir le pluralisme.” *Affaire Lautsi ...*, 2009, *cit.*, párr. 47.

⁶²⁰ Cfr. Torres Gutiérrez, Alejandro, “XIX. La libertad de pensamiento, de conciencia y religión”, en *La Europa de los Derechos*, *cit.*, p. 569, nota al pie no. 6.

⁶²¹ Cfr. *Affaire Lautsi ...*, 2011, *cit.*, párr. 56.

el artículo 1, del Protocolo en relación con el 9 del Convenio, así como tampoco se violó el artículo 9 respecto de los hijos en la medida que se respetó su libertad de creer o de no creer. Ahora bien, las consideraciones de la Corte, que produjeron su alejamiento del razonamiento de la Sala, las podríamos presentar en los siguientes cuatro puntos:

1. La Corte considera que un Estado, debe garantizar el ejercicio de los derechos y libertades dentro de un ambiente de neutralidad e imparcialidad; y esto, aplicado a la libertad religiosa significa que debe proteger la convivencia entre los creyentes y los no creyentes pero también entre los creyentes de distintas religiones.
2. No hay elementos para constatar que la exposición de un crucifijo en una pared ejerce una influencia definitiva en la formación de los niños. Sus convicciones todavía no están fijadas y, por lo tanto, no se haya vulnerado el derecho de la madre a educar a sus hijos. El símbolo religioso en una pared no equivale a un adoctrinamiento. Es en todo caso un elemento pasivo y no puede ser equiparado a un discurso didáctico o a la participación de actividades religiosas.⁶²²
3. Si el crucifijo preserva o no la identidad cultural italiana debe ser visto a partir del margen de apreciación estatal, pero que en cualquier forma hay una gran diversidad cultural e histórica en los Estados europeos. Lo que no podría permitirse es que basados en esa concepción cultural, los Estados encuentren un camino para evitar sus obligaciones derivadas del Convenio.⁶²³
4. Existe un margen de apreciación estatal que buscará conciliar el ejercicio que los Estados asumen en el campo de la educación y la enseñanza y el respeto al derecho de los padres a asegurar una educación a sus hijos con base en sus convicciones religiosas y filosóficas. Este mismo margen está confirmado por la ausencia de un consenso europeo sobre la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas.⁶²⁴

⁶²² Cfr. *Ibidem*, párrs. 66 y 72.

⁶²³ *Ibidem*, párr. 67

⁶²⁴ *Ibidem* párrs. 61 – 62, 69 – 70.

El actuar de la Corte en *Lautsi*, visto desde el análisis de las dos sentencias no es sencillo, pues en un primer momento no da lugar al margen de apreciación estatal y le otorga la razón a la señora Lautsi y sus hijos, en cambio, en un segundo momento, el argumento de un amplio margen de apreciación, le basta para acreditar que el Estado italiano, de acuerdo al pluralismo presente en Europa, no está obligado a retirar los crucifijos de las aulas. A decir verdad, razonó mucho mejor la Gran Sala que la Sala, y aun cuando en ese caso todavía existe un amplio y definitivo grado de discrecionalidad, hubiera sido todavía un escenario peor, si la sentencia de la Sala permaneciera como definitiva.

La posición contraria puede verse en la Opinión Disidente de los jueces Malinverni y Kalaydjieva que afirman que el artículo 2, del Protocolo 1, junto con el artículo 9 del Convenio, producen una obligación positiva al Estado; o sea, la de garantizar el ejercicio de un derecho en un ambiente de tolerancia y respeto, y no comportan obligaciones negativas, o de abstención. Si esto es así, ¿entonces como puede crearse un clima de tolerancia cuando se toman en consideración las creencias de la mayoría? En estos casos, afirman los jueces disidentes, el margen de apreciación estatal debe quedar reducido.⁶²⁵

Como se puede advertir en *Lautsi*, la sentencia de la Gran Sala no realiza una ponderación, simplemente le basta el margen de apreciación para echar mano de su discrecionalidad y resolver a favor de Italia.

4.2.3 LA PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA EN LAS SENTENCIAS *ODIÈVRE* Y *EVANS*.

El discurso de los derechos humanos no puede hacerse sólo a partir de la frialdad de un texto. Los jueces del TEDH, cuando resolvían el asunto de la Sra. Pretty, quien de 43 años no tenía ya movimiento en sus extremidades, enferma de esclerosis lateral, progresiva y neurodegenerativa, afectada además de los músculos que llevan a cabo la respiración, y con expectativa de vida reducida a meses, no pueden menos que estar afectados por el

⁶²⁵ Cfr. CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, Opinion dissidente ..., *cit.*, p. 50, párr. 1.

temor de la misma Sra. Pretty a morir penosamente.⁶²⁶ En muchos casos, hay una frontera delgada, insalvable entre la protección de un derecho y los argumentos éticos y morales. Es en estos casos donde la discrecionalidad del juez, de la mano de la interpretación que hagan de la norma, juega un papel fundamental, pues deberá ajustar su decisión al derecho, aun cuando pareciera que no alcanza para ser aplicado.

De ahí que para considerar otros ejemplos del TEDH hemos seleccionado dos casos de conjunción entre lo jurídico y lo moral, y en los cuales los jueces encontraron un fuerte debate al interior del propio órgano judicial. En ambos casos se puede apreciar cómo el Estado, que es la parte demandada en el proceso, se convierte en el garante y pacificador de los conflictos entre derechos de particulares; y en donde tales derechos, además, son irreconciliables. Las resoluciones descansan, una vez más, en la idea del margen de apreciación y la proporcionalidad de las medidas que restringen derechos.

En el primero de ellos, el 13 de febrero de 2003, la Gran Sala del TEDH⁶²⁷ se pronunció negativamente a la petición de la Sra. Odièvre que sostenía que el parto anónimo de su madre y por tanto la imposibilidad de conocer sus orígenes constituían una violación a sus derechos consagrados en el artículo 8 de la Convención Europea (vida privada), y a la prohibición del trato discriminatorio consagrado en el artículo 14.

En 1965, la madre de Pascale Odièvre, demandó el secreto del nacimiento de su hija de acuerdo con la legislación francesa, que permitía suscribir un acta de abandono con determinadas características.⁶²⁸ La niña, ingresada en los servicios sociales de la niñez, fue adoptada por los señores Odièvre en 1969, y en 1998 solicita que sea levantado

⁶²⁶ No obstante, los jueces negaron la violación a todos los artículos solicitados por quienes demandaban. *Cfr. CEDH, Affaire Pretty, cit.*, p. 35, párr. 55.

⁶²⁷ A diferencia de los otros casos donde hay primero una sentencia de la Sala y posterior a un llamado de apelación conoce la Gran Sala, en este, la Sala se inhibió de conocer y envió directamente el asunto a la Gran Sala que resolvió en una sola sentencia de manera definitiva. *Cfr. CEDH, Affaire Odièvre c. France, Arrêt de 13 février, 2003, p. 3, párr. 5.*

⁶²⁸ "J'abandonne mon enfant Berthe Pascale. Je certifie avoir été informée que passé le délai d'un mois mon enfant sera définitivement abandonné et que l'administration se réserve la faculté de le faire adopter. Je refuse les secours qui m'ont été proposés. Je demande le secret de cette naissance. Je certifie avoir reçu l'imprimé exposant les renseignements de l'abandon. Paris le 24.5. [effacé] Berthe" *Cfr. Affaire Odièvre, cit.*, p. 4, párr. 10.

el secreto de su nacimiento. La última decisión del Tribunal de París le orienta a la demandante de dirigir su exigencia a un tribunal administrativo, situación que no se presenta, y por la cual Francia alega, infructuosamente, el no agotamiento de los recursos internos.⁶²⁹

La cuestión de fondo gira alrededor del artículo 8 del Convenio Europeo que establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”. El TEDH ha consentido que en la frase “vida privada” se ubican otros derechos que no tienen cabida expresa en el Convenio, debido a que no puede definirse exhaustivamente. Por ejemplo, ahí se encuentra el derecho a la integridad psíquica y moral de la persona, la identidad psíquica y social de un individuo, la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual, el derecho al desarrollo personal, el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, autonomía personal y en el caso, a recibir la información que les permitan comprender su infancia y los años de formación de una persona.⁶³⁰

En el *Caso Odièvre*, el primer punto a resolver es si efectivamente el acceso a la información de aspectos personales referentes a la historia e infancia de una persona recaen sobre el concepto vida privada, como pretende la demandante. El Estado no niega esa posibilidad y plantea, mejor, que el mismo concepto de “vida privada” puede recoger los elementos de información de identidad psíquica y social de un individuo, que en el caso significa saber quién es la madre natural, pero también reconocer que ésta no ha querido ser considerada madre de la demandante. La Corte resuelve que, en efecto, el nacimiento, y las circunstancias en las cuales sucedió, corresponden no a la vida familiar, sino en el marco de la vida privada de las personas. También, antes de pronunciarse, la Corte hace un lado la argumentación sobre los derechos del niño, tal como lo proponía la demandante, y afirma que el conflicto presentado descansa, por ambas vías, o sea, tanto

⁶²⁹ La Corte sostuvo que, ya como lo había dicho el Tribunal de París, aun cuando interpusiera el recurso administrativo, éste sería negado porque la ley francesa protegía el derecho de la madre; o sea, los recursos no eran adecuados ni efectivos. *Ibidem*, pp. 14 – 16, párrs. 23 – 23.

⁶³⁰ Como resumen, donde además se encuentran los datos de todas las sentencias, puede verse: CEDH, *Affaire Pretty...*, *cit.*, p. 37, párr. 61. Además, CEDH, *Affaire Odièvre...*, *cit.*, p. 24, párr. 42.

el secreto de la madre en el parto, como el derecho a conocer los datos del nacimiento de la hija, en el concepto vida privada que protege tanto a una como a la otra;⁶³¹ además, los intereses que se hacen valer no son aquellos de una niña y una adulta, sino entre dos adultas.

La Corte proporciona un repaso histórico de la situación de los partos o alumbramientos anónimos en Francia y en otros países europeos. Afirma primero, que, por ejemplo, esta circunstancia tiene una larga tradición en el territorio francés, diferente a cualquier tratamiento de otro Estado europeo. La máxima *Mater semper certa est*, no ha sido recibida por el derecho francés y desde Saint Vincent de Paul hay una fuerte tradición de recoger niños abandonados, pues de esa manera se cumple el objetivo de luchar contra los infanticidios, abandonos salvajes y los abortos clandestinos. Este argumento será retomado al final de la sentencia para demostrar que la protección del derecho de la madre al secreto del nacimiento se justifica por la existencia de un interés general.

En cambio, en la situación actual, no obstante el derecho francés mantiene el secreto al parto, ya existe una posibilidad de revertirlo, pero no es común encontrar situaciones parecidas en otros Estados. En Italia y Luxemburgo no se exige otorgar información de los padres al momento del registro. En España, en cambio, fue declarada inconstitucional la disposición que permitía poner la mención “madre desconocida” sobre el registro del estado civil. El nombre de la madre es obligatorio en Noruega, Países Bajos, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Reino Unido, Portugal, Eslovenia o Suiza. Este recorrido histórico, aunque no lo afirma con precisión en la parte de considerando, si confirma la ausencia de un consenso europeo sobre el tema, y por tanto, un cierto margen de apreciación del Estado francés para regularlo.

La argumentación de la Corte puede ser resumida como sigue:

⁶³¹ Cfr. CEDH, *Affaire Odièvre...*, *cit.*, pp. 16 – 18, 24 – 25, párrs. 25 – 28, 30, 44.

1. La protección de la vida privada bajo el artículo 8 comporta obligaciones negativas y positivas para el Estado. Esto es, que existe la obligación de no entrometerse injustificadamente en la vida de las personas, pero también, de adoptar medidas que prevean el respeto de la vida privada en las relaciones entre individuos. En ambos casos, una posible violación debe verse bajo los lentes de un justo equilibrio entre los intereses en juego y considerando el margen de apreciación del Estado.⁶³²
2. El presente caso sugiere un conflicto de intereses respecto del artículo 8, y la frase “vida privada”, entre dos adultos: la madre y la hija. Para el gobierno francés, preferir el secreto al nacimiento corresponde a un fin legítimo, que consiste en aliviar la angustia de la madre que no puede educar a sus hijos, pero al mismo tiempo la vida misma del niño. El objetivo responde por tanto a un argumento de salud pública: protegiendo la vida privada de la madre, se garantizan los derechos de terceros. Además, agrega la Corte, concurren también los derechos de la familia que adoptó a la niña, así como los del padre y hermanos biológicos, pues todos ellos tienen derecho a la vida privada y familiar.⁶³³
3. Debido a que no existe un consenso europeo, el Estado goza de un cierto margen de apreciación que le permite escoger los medios que crea convenientes para conseguir el fin perseguido. La legislación francesa proporciona un justo equilibrio y una proporcionalidad suficiente entre los intereses en conflicto, por tanto, no excede su margen de proporcionalidad.

La votación de la Gran Sala no fue unánime. Mientras diez jueces votaron con la decisión, siete lo hicieron en contra. Y dentro de los diez, cuatro aportaron argumentos distintos. En las opiniones concurrentes y en la disidente conjunta se pueden desprender algunas inconsistencias de la Corte, respecto del uso del margen de apreciación. Por ejemplo, a diferencia de otros casos donde se habla de amplio o estrecho, la Corte sólo constató un “cierto” margen de apreciación. Por otro lado, le otorgó a este argumento el papel principal de su decisión cuando la solución estaba en la noción de “necesidad social

⁶³² Cfr. *Ibidem*, p. 23, párr. 40.

⁶³³ *Ibidem*, pp. 21, 24 - 25, párrs. 36 y 44.

imperiosa".⁶³⁴ Y por último, no hizo un examen de proporcionalidad, ni en los hechos, ni en el derecho. En efecto, la disidencia de los jueces se centra en establecer que el argumento del margen de apreciación negó la ponderación entre los derechos que se hacían valer; de modo que se acrecienta la discrecionalidad del juez. El derecho a la identidad (como le llaman los jueces) es una condición fundamental del derecho a la autonomía que se deriva del artículo 8 y constituye el núcleo del derecho a la vida privada.⁶³⁵

Respecto de la constatación de una práctica uniforme, la Corte debió haber razonado de forma distinta, pues en la mayoría de países se exige el nombre de la madre, para establecer una filiación, en cambio, la situación francesa es una excepción y debiera ser tratada como una limitación a derechos, por tanto, sometida a una ponderación estricta.

Por otro lado, en el caso Evans,⁶³⁶ la Corte debe resolver si el Reino Unido ha violado los artículos 2 (derecho a la vida) en perjuicio de un embrión, el artículo 8 (derecho a la vida privada), y el 14 (prohibición de trato discriminatorio) en relación con el 8, en perjuicio de la Sra. Natallie Evans.

En julio de 2000, la demandante y su compañero (a quien en la sentencia se identifica como J.) iniciaron un tratamiento de procreación asistida. Un año después, les informaron que la joven presentaba tumores precancerosos en los dos ovarios y que por tanto deberían ser extirpados. Ya que los tumores se desarrollaban lentamente, era necesario que en un plazo breve, y antes de la cirugía, se realizara una fecundación *in vitro* y posterior conservación de los óvulos fecundados, debido a que debían esperar al menos dos años para intentar la implantación en el útero. Según la ley inglesa, dicho procedimiento requería el consentimiento expreso de ambos, el cual a) podía ser

⁶³⁴ Cfr. CEDH, *Affaire Odièvre...*, *cit.*, Opinión concordante de M. le juge Rozakis, p. 30.

⁶³⁵ Cfr. CEDH, *Affaire Odièvre...*, *cit.*, Opinión disidente commune à M. Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, M. Bonello, M. Loucaides, M. Cabral Barreto, Mme, Tulkens et M. Pellonpää, juges, pp. 41 - 42, párr. 7.

⁶³⁶ La referencia se hará respecto de la sentencia de la Gran Sala que confirma la realizada por la Sala. CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, Quatrième Section, Arrêt de 7 mars, 2006; CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt de 10 avril, 2007.

revocado; b) establecía que la conservación de los gametos fecundados debería ser por un tiempo máximo de 10 años; c) se otorgaba para llevar a cabo un procedimiento con una persona nominalmente designada (esto es, la señora Evans y su compañero); d) en el caso del padre, la continuación del tratamiento si moría o si perdía sus facultades mentales, dentro del plazo de 10 años. A la pregunta expresa si algunos de los óvulos de la Sra. Evans podían ser congelados sin fecundación, se respondió que ese tratamiento no era posible realizarlo en la clínica, y además, su compañero insistió que no era necesario porque no pensaban separarse y que él quería ser el padre de un eventual niño.

En noviembre de 2001, once óvulos fueron fecundados de los cuales se crearon seis embriones que fueron puestos en conservación, y días después, fue practicada la ovariectomía bilateral. Transcurridos seis meses, la relación entre la pareja se terminó y, a propósito del tratamiento de los embriones fecundados, el Sr. J. escribió a la clínica para informar que se había separado de su mujer y por tanto, solicitaba la destrucción de los embriones; lo que equivalía a la revocación de su consentimiento, en términos de la legislación inglesa. En los medios procesales internos la Sra. Evans exigió que se le ordenara al Sr. J. reestablecer su consentimiento para la utilización y conservación de los embriones y destacó que la legislación inglesa era contraria a los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo; pero ninguno de los argumentos prosperó pues el argumento del consentimiento era considerado fundamental por los jueces, además, que el derecho a la vida no podía ser alegado por un embrión en tanto no era considerado persona. Si había una restricción a la vida privada de la Sra. Evans, esta era perfectamente proporcional y justificada, y no configuraba un tratamiento discriminatorio.

Ya en el proceso ante la jurisdicción europea, la Gran Sala confirma los argumentos de la Sala para establecer que el embrión no goza de la protección derivada del artículo 2. El razonamiento, expuesto de manera sucinta, refiere que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica sobre el inicio de la vida, y por tanto, el inicio de la protección del derecho a la vida depende del margen de apreciación de cada Estado. En el Reino Unido, es claro que el embrión no es considerado sujeto de

derecho autónomo, y por ende, no alcanza la protección convencional del derecho a la vida.

Respecto de la violación a la “vida privada” el planteamiento es una forma sugerente de revisar el derecho a la maternidad natural, pero también el derecho a la paternidad voluntaria; o sea, un derecho a tener o no un hijo. La Sra. Evans planteaba que la medida no era necesaria ni proporcional debido a que no consideraba la carga emocional que se producía a la mujer, ni el papel que desempeñaba a lo largo del tratamiento, en donde el hombre sólo era un donador de espermatozoides, además de que perdería la posibilidad de concebir un niño a partir de sus propios gametos.⁶³⁷ El gobierno, por su parte, sostuvo que la legislación aplicable guardaba un justo equilibrio entre el derecho de la madre a iniciar un embarazo a partir de un embrión fecundado, la primacía de un consentimiento libre y claro a la intervención de un procedimiento médico, los intereses de los niños que podían nacer a partir de una concepción asistida, la igualdad de trato entre las partes así como el avance en la ciencia y técnicas aplicadas (no obstante la complejidad de cuestiones morales y éticas que se encuentran entrelazadas).⁶³⁸ En fin, los argumentos de la Corte pueden ser resumidos de la siguiente forma (la posible violación al artículo 14 sigue la misma suerte que la posible violación al 8):

1. El artículo 8 debe ser entendido, en primer lugar, como una disposición que impide al Estado entrometerse en la vida privada de las personas, a menos que la injerencia sea legal y proporcionalmente justificada. Pero al mismo tiempo pueden agregarse obligaciones positivas que propicien un respeto efectivo en las relaciones entre los particulares. El justo equilibrio entre los intereses de cada uno de ellos corresponde al margen de apreciación nacional.⁶³⁹
2. La “vida privada” recoge también el derecho a ser madre en el sentido genético del término, de la misma manera que el derecho a no ser padre. Ambos derechos

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 22, párr. 62.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 24, párrs. 67 – 69.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 26, párr. 75.

son irreconciliables. Pero al mismo tiempo, existen otros intereses generales que deben ser vistos como concurrentes: la primacía del consentimiento en el tratamiento de métodos de fertilidad asistida y la seguridad jurídica.⁶⁴⁰

3. Debido a que el tratamiento de fecundación *in vitro* no es regulado de la misma forma en varios países (o sea, no hay un consenso europeo), además de las interrogantes de orden moral y ético que subsisten, existe un amplio margen de apreciación estatal.⁶⁴¹
4. La legislación inglesa, referida en la sentencia como la ley de 1990, era resultado de una serie de estudios minuciosos que consideraban las implicaciones sociales, éticas y jurídicas en materia de fecundación asistida. En todos los casos, el consentimiento efectivo (es decir, no revocado) de los posibles padres era fundamental.⁶⁴²
5. La revocación del consentimiento es una medida que, considerando la complejidad del tema pero también los estudios base realizados para la configuración de la Ley de 1990, persigue un fin legítimo. El legislador se ha asegurado que, sin excepción, el tratamiento de gametos para la fecundación *in vitro* sólo pueda realizarse cuando medie un consentimiento. Así, quien lo otorgue o lo revoque, puede tener la certeza de que su libre voluntad será respetada. La seguridad jurídica priva ante la posible arbitrariedad o incoherencia si se pudieran poner en balance el derecho a no ser padre con otro derecho.⁶⁴³

La disidencia de cuatro jueces enfocó la argumentación a otorgar, en este caso, mayor peso al derecho de la Sra. Evans a ser madre, que el derecho del Sr. J., a no ser padre. El razonamiento refiere la claridad de la ley inglesa: por un lado, la restricción era absoluta pues no admitía ninguna posibilidad de tratamiento de embriones fuera de la libre voluntad, pero por otro lado, no planteaba exactamente la cuestión de la demandante, referente a la posibilidad última de ser madre en el sentido genético del término. Mientras la Sra. Evans perdía su última oportunidad el Sr. J conservaba su

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 25 – 26, párrs. 73 y 74.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 27 – 28, párrs. 77 – 80.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 29, párrs. 85 – 87.

⁶⁴³ *Ibidem*, pp. 30 – 31, párrs. 89 – 92.

capacidad de ser padre. Los jueces sugieren que a pesar del amplio margen de apreciación que le otorga el disenso europeo en la cuestión, la Corte puede ejercer su control y revisar si realmente existía un equilibrio entre intereses en conflicto. “La Corte no debería utilizar el principio del margen de apreciación como un simple sustituto pragmático a la reflexión del problema del alcance adecuado de su control.”⁶⁴⁴

4.2.4 LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Hagamos una conclusión de los casos analizados y revisemos hacia donde se dirige el juez europeo. Por un lado, puede decirse que la Corte no sigue un patrón concluyente en el estudio del margen de apreciación. A veces lo combina dentro del juicio de proporcionalidad, pero también como argumento único para restringir un derecho. Incluso cuando utiliza el juicio de proporcionalidad, e incluye el margen de apreciación, lo que se hace en realidad es enmascarar la política del tribunal. Una política que determina la actuación del órgano judicial.⁶⁴⁵

Así, en el fondo de los dos casos sobre libertad religiosa se encuentra un problema discursivo no resuelto por el texto convencional del artículo 9, por ejemplo, los alcances sobre el significado de la libertad de pensamiento, conciencia y religión; o la pertinencia de una medida necesaria en una sociedad democrática. Es decir, estamos frente a un problema de significado de la norma internacional donde la función del juez es fundamental. En esa tarea, con parámetros no contundentes o definitivos, la Corte encuentra en el concepto *margen de apreciación nacional* la justificación ideal para moverse discrecionalmente.

Lo que queda por hacer es si, en esa labor de sostener su argumento, la Corte convence. En el caso turco, por ejemplo, se basa en una presunción no probada: Leyla representa el fundamentalismo religioso, aun cuando la manifestación de la fe es un acto

⁶⁴⁴ “La Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d’appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle.” CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt de 10 avril, 2007, Opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, p. 37, párr. 12.

⁶⁴⁵ Sobre las críticas al principio (juicio) de proporcionalidad, *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 163 – 199.

voluntario de una estudiante universitaria; además, la argumentación de la Corte es débil, en la medida que no hay datos de comprobación sobre la afirmación que otras mujeres pueden sentirse presionadas por la conducta del “extremismo” de Leyla. Y por último, no parece claro a quién debe proteger el artículo 9 del Convenio, si a Leyla que lo solicita, o si a un número indeterminado de personas. La argumentación de los jueces se sostiene desde el punto de vista de la obligación del Estado, y no desde la visión del derecho de las mujeres. Ese camino, por tanto, es una “apuesta equivocada” del TEDH.⁶⁴⁶

En *Lautsi*, por otro lado, no es ampliamente justificado afirmar que el símbolo religioso en un aula de clase es un símbolo pasivo, y por tanto, no afecta a las convicciones de los niños, las cuales tampoco están formadas. El ejemplo puesto por Joseph Weiler opera igual en cualquiera de los dos sentidos, solo que el primer pilar de una creencia es personal, y luego aparece una dimensión colectiva.⁶⁴⁷ En el fondo de ambas controversias hay una política judicial que escapa al derecho mismo, al contenido de la norma, pero no a la discrecionalidad del juez. La Corte confirma, en ambos casos, el profundo eurocentrismo de la tradición cristiana, dentro del cual nació el propio derecho internacional en Westfalia, y que posteriormente quedó reafirmado en la Santa Alianza.⁶⁴⁸

Luego, en la discusión sobre el contenido de la “vida privada”, el juez europeo de derechos humanos, al darle contenido a esa frase ha hecho que crezca de una manera extraordinaria: reconoce, por ejemplo, las obligaciones negativas y positivas del Estado. No obstante se pueda llegar a la misma conclusión en *Odièvre* y en *Evans*, el margen de

⁶⁴⁶ Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación...*, cit, p. 282.

⁶⁴⁷ “Consider the following parable of Marco and Leonardo, two friends just about to begin school. Leonardo visits Marco at his home. He enters and notices a crucifix. What is that?”, he asks. ‘A crucifix – why, you don’t have one? Every house should have one.’ Leonardo returns to his home agitated. His mother patiently explains: ‘They are believing Catholics. We are not. We follow our path. Now imagine a visit by Marco to Leonardo’s house. ‘Wow!’, he exclaims, ‘no crucifix? An empty wall?’ “ We do not believe in that nonsense” says his friend. Marco returns agitated to his house. ‘Well’, explains his mother, ‘We follow our path.’ The next day both kids go to school. Imagine the school with a crucifix. Leonardo returns home agitated: ‘The school is like Marco’s house. Are you sure, Mamma, that it is okay not to have a crucifix?’ That is the essence of Ms. Lausti’s complaint. But imagine, too, that on the first day the walls are naked. Marco returns home agitated. ‘The school is like Leonardo’s house,’ he cries. ‘You see, I told you we don’t need it.’”

⁶⁴⁸ Cfr. McGoldrick, Dominic, “Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?” *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 3, 2011, pp. 497 y ss.

apreciación aparece más como una pantalla de la política de la Corte que como un elemento de un examen objetivo, o menos subjetivo, que descansa en el juicio de proporcionalidad.

Como en las restricciones a la vida privada se analizan casos que van de la mano de consideraciones morales y éticas, es evidente que ese tipo de decisiones no deben ser tomadas por el Estado. En efecto, el derecho no puede obligar a asumir una conducta que pertenece al espacio privado de los individuos, en cambio, debe evitar el paternalismo en esos derechos que encierran una esfera personalísima. Su función, debe ser la de controlar que la conducta del Estado sea, en todo caso, proporcional a los fines perseguidos. Cada vez que la Corte use el margen de proporcionalidad debería exigírsele realizar un juicio de proporcionalidad. O viceversa, incluir dentro de éste, el uso del principio del margen.

No hay duda que el Convenio Europeo se mantiene vigente gracias a la función judicial de sus intérpretes oficiales. En una Europa integrada y con protección multinivel, sus jueces son los encargados de aportar elementos para que creen en ellos, para que los jueces nacionales se fíen de ellos. A diferencia de América, que no hemos creado tratados de integración continental, Europa sí puede confiarle a sus órganos judiciales una función de control de las jurisdicciones nacionales para una mejor integración.

4.3 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte IDH no tiene ni en el texto de la Convención, ni en su desarrollo jurisprudencial, una herramienta interpretativa o argumentativa similar al margen de apreciación estatal. Así, mientras en el caso europeo seguimos ese camino para demostrar cómo los jueces europeos gozan de un espacio de decisión, que abren o cierran según concurran una buena cantidad de elementos, la Corte Interamericana descansa su argumentación sobre la comprobación de los hechos y la interpretación de los textos que le otorgan

competencia. De ahí que no resulta fácil seleccionar casos recientes donde pudiéramos revisar todo lo que se ha dicho hasta ahora.

Al final, hemos decidido analizar tres decisiones que pueden sobresalir frente a otras por su originalidad interamericana en los métodos de interpretación y argumentación empleados, por la negación de la discrecionalidad o por los efectos de lo ordenado a partir de la reparación.⁶⁴⁹ Por orden cronológico, en el Caso Kimel vs. Argentina se utilizó por primera vez un método de ponderación a la usanza de la argumentación europea (no sólo del TEDH sino de tribunales constitucionales). Luego, en la Opinión Consultiva no. 20, no obstante no decide una controversia sino emite una opinión sobre un tema jurídico, al decidir que el juez nacional de un Estado demandado debe excusarse de conocer del caso, niega la discrecionalidad que puede tener para resolver una controversia. Y por último, y por los efectos que ha tenido en el debate mexicano, se analizará la sentencia Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, solamente en aquello que se determina como forma de reparación, es decir, el control de convencionalidad. Al lado de estas decisiones están muchas otras que marcan una creación pretoriana de largo alcance, una estructura internacional novedosa en materia de reparaciones, o una estructura argumentativa que sigue a la correspondiente europea.

En los tres casos, a simple vista, pareciera que la Corte se mueve de su marco institucional – convencional de actuación, y de alguna manera ese movimiento autoriza una especie de sobrevaloración de su actuación. Ante esto queremos reaccionar. No como argumentos contrarios a la protección de derechos humanos, que tanto hacen falta por construir en América, sino porque la Corte ha escogido una vía incorrecta, un camino de muchas piedras resbaladizas, y los juristas poco hacemos por aportar herramientas

⁶⁴⁹ La jurisprudencia de la Corte Interamericana es de difícil sistematización, y por lo tanto, de estudio. Podríamos haber seleccionado las sentencias contra Chile, que cada una de ellas ha marcado temas novedosos (La Última Tentación de Cristo, Palamara Iribarne, Claude Reyes, Almonacid Arellano, Atala), o los primeros casos que demostraron su primer progreso, al Loayza Tamayo y el proyecto de vida, o los casos donde ha defendido derechos de pueblos indígenas. Otra posibilidad pudo haber sido seleccionar grupos vulnerables como niños o mujeres, o también los casos de violaciones graves de derechos humanos pero que al mismo tiempo podrían verse bajo una visión del derecho internacional humanitario. En fin, estas son solamente posibilidades de estudio, pero hemos preferido los tres casos mencionados porque de alguna manera sirven mejor al estudio previo que hemos realizado.

serias para un debate que debería presionar con mayor fuerza a nuestros gobiernos, no desde el discurso político, que puede ensuciarse pronto, sino desde el discurso teórico. Es en este sentido como se puede reforzar, a partir de una delimitación de sus fronteras, el activismo judicial interamericano.

Un activismo judicial que puede ser visto como una serie de enmiendas al texto de la Convención Americana, o sea, a lo pactado por los Estados, desde dos puntos de vista: como la ampliación al contenido de los derechos (lo cual puede ser analizada como una aplicación de las reglas de interpretación de la CVDT de 69) y que, por supuesto, a reserva de revisar la argumentación del órgano judicial, puede caber en el objeto y fin del tratado, pero también, lo cual será peligroso, como una recopilación o ampliación de sus funciones. Esto último es lo que trata de ser analizado y criticado.

4.3.1 LA PONDERACIÓN DE DERECHOS EN AMÉRICA: EL CASO KIMEL VS. ARGENTINA.⁶⁵⁰

Según los hechos probados ante la Corte Interamericana,⁶⁵¹ y aceptados casi totalmente por el Estado demandado,⁶⁵² el señor Eduardo Gabriel Kimel de nacionalidad argentina publicó el libro *“La masacre de San Patricio”*, resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina. Entre algunas otras críticas al período de la dictadura de Argentina, el autor señaló la actuación de algunas autoridades, específicamente la de un magistrado, como cómplices de la dictadura militar argentina. El magistrado, a su vez, promovió una querrela penal por el delito de calumnia, pero después, frente al mismo juzgado de primera instancia, consintió cambiar la querrela de calumnia por el delito de injurias.

⁶⁵⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C.

⁶⁵¹ *Caso Kimel...*, párrs. 41 y ss.

⁶⁵² El Estado aceptó las violaciones alegadas por la Comisión y los representantes de la víctima, salvo aquellas referidas a la impugnación de la sentencia penal condenatoria (artículo 8.2.h de la Convención Americana); de la garantía de imparcialidad del juzgador (art. 8.1 de la Convención Americana); y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 25 de la Convención Americana); de las que al final, los propios representantes de las víctimas consintieron en retirar, vista la voluntad del Estado de llegar a un arreglo amistoso. Dicho esto, puede decirse que el reconocimiento de responsabilidad internacional fue, entonces, total. *Ibidem*, párr. 22.

Por ese delito, el señor Kimel fue condenado a un año de prisión y multa de veinte mil pesos por concepto de indemnización por reparación del daño causado, más costas. La sentencia de primera instancia fue revocada en segunda al no configurarse ni el delito de calumnias ni el de injurias, pero la Corte Suprema revocó la sentencia de segunda instancia y devolvió el asunto a la Cámara de Apelaciones, que finalmente, bajo los términos de la sentencia de la Corte Suprema, confirmó el criterio del juzgado de primera instancia pero determinó que el delito no era injurias, sino calumnia. Después de la improcedencia del último recurso extraordinario interpuesto por el señor Kimel, la sentencia quedó firme y entonces pudo ser llevada a las instancias internacionales, a la Comisión Interamericana el 6 de diciembre de 2000 y el 19 de abril de 2007 ante la Corte.

En la sentencia de la Corte IDH de 2 de mayo de 2008, desde un análisis de la argumentación jurídica, conviven aciertos, errores y puntos debatibles. Dentro de los primeros, podemos mencionar la concepción y la concesión del órgano jurisdiccional interamericano, de un auténtico conflicto entre derechos (libertad de expresión contra derecho al honor) y la inauguración del método de la ponderación o juicio de proporcionalidad para resolver dichos conflictos. Pero el mismo método puede ser también visto como un error si analizamos el momento en el que se decide utilizarlo, pues ya había desaparecido la controversia jurídica al allanarse el Estado argentino. Luego, como punto debatible, puede observarse la superación de elementos claves de un proceso, ya internacional, ya interno, como seguir el principio de contradictorio, o establecer el alcance del principio *iura novit curia*. Veamos con detalle cada uno de estos puntos.

4.3.1.1 SOBRE EL CONFLICTO DE DERECHOS.

La Corte Interamericana ha asumido en esta sentencia que los derechos no sólo no son absolutos, sino que existen colisiones entre ellos, y que el ejercicio de ambos, en un momento determinado se vuelve opuesto e irreconciliable. El planteamiento en el caso es la existencia de un conflicto entre la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana y el derecho a la honra, del artículo 11.

Ahora bien, no es igual aceptar los límites o las restricciones al ejercicio de los derechos, y para ello incluir una serie de lícitas circunstancias, que afirmar la existencia de un conflicto entre normas que confieren principios, y que éstas sean, las normas establecidas en la CADH. La Corte Interamericana había reconocido ya, en casos contenciosos como en opiniones consultivas, que los derechos no son de ejercicio absoluto, sino que se permite una lícita restricción, siempre en atención a lo establecido por el propio artículo 30 de la Convención.⁶⁵³ Pero en la sentencia sobre el *Caso Kimel* se plantea no sólo la posibilidad de limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, sino un conflicto entre ésta y la protección a la honra de las personas. Conectada a ambas, pero sin que la Corte haga expresamente mención, se encuentra el derecho de rectificación y respuesta, en el artículo 14, y que en su voto concurrente el juez mexicano⁶⁵⁴ sugirió un análisis como medida idónea para limitar la libertad de expresión, a cambio de la sanción penal.

La Corte Interamericana señaló que en el fondo de la controversia:

“... subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso,

⁶⁵³ “Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades, reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaron por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.” Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. Pueden verse Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 28; Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 36 – 51; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111, párr. 95 – 107; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135, párrs. 68, 71 – 79; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151, párrs. 88 – 91.

⁶⁵⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 5 y ss.

conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.”⁶⁵⁵

La Corte procedió, puntualmente, a verificar la legalidad penal de los delitos de injurias y calumnias, a revisar el umbral de protección que un funcionario público, como el juez, tiene respecto de la protección a su honor y su reputación; a evaluar la necesidad e idoneidad de la medida penal y, a analizar la estricta proporcionalidad de la medida empleada, es decir, si se restringió un derecho para, efectivamente, lograr el ejercicio de otro en la medida en la cual el primero fue restringido. Esto, sin duda, ha sido bienvenido en la metodología utilizada por la Corte Interamericana, que ha utilizado en casos posteriores.⁶⁵⁶

Al hacer este planteamiento, no hay duda que la Corte Interamericana considera el conflicto entre normas que confieren derechos según la teoría propuesta por Robert Alexy, pues sólo de esta manera se podrán colocar en la balanza dos normas que contienen principios y por tanto se realizará el juicio de proporcionalidad, con las tres etapas: la adecuación o también llamada idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁵⁷

Para resolver el conflicto concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho

⁶⁵⁵ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, párr. 51.

⁶⁵⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. , párr. 164; Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. , párrs. 174 – 205.

⁶⁵⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 87 y ss.

de éste a manifestar su opinión.⁶⁵⁸ Así, parece que los numerales i) y ii) corresponden al criterio de la adecuación o idoneidad, y el numeral iii) a la necesidad; así como el iv) a la proporcionalidad en sentido estricto.

Pues bien, respecto de la legalidad del tipo penal, la Corte comprueba que tanto si se trata del delito de injurias como el de calumnia se verifica una “... deficiente regulación penal de esta materia, [por tanto]... la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.” Entonces, si se viola el principio de legalidad, es absolutamente cierto que la restricción no será proporcional, pues es el Estado argentino ya está fuera del marco exigido por la Convención. Está claro que la medida penal para limitar la libertad de expresión, es decir, los tipos penales de los delitos de injurias y calumnias, no pueden proteger el derecho al honor de los funcionarios, por tanto, ya no hace falta terminar el juicio de proporcionalidad, pues ya hay una violación evidente a la libertad de expresión por imponer sanciones penales que violentan el principio de legalidad. No hace falta ponderar, porque la limitación no se encuentra debidamente contemplada en leyes, si es que, como la propia Corte dice, los tipos penales son idóneos para limitar la libertad de expresión. En los hechos del caso, el conflicto desaparece en la primera etapa. El derecho al honor no se protege debidamente a través de tipos penales deficientes frente al posible daño producido por la libertad de expresión. El juez mexicano enfatizó que la Corte debió ir más allá y cuestionarse la idoneidad y finalidad de la sanción penal como medio de restricción de la libertad de expresión.⁶⁵⁹

Respecto de la necesidad de la sanción restrictiva de la libertad de expresión, la Corte considera que “...es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo...”⁶⁶⁰ Es decir, la medida restrictiva de la libertad de expresión no era necesaria. Por tanto, si no se han

⁶⁵⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel...*, cit., párr. 58

⁶⁵⁹ “Aquí se plantea de nuevo, a propósito de los sucesos del caso particular y a partir de ellos, la necesidad de examinar una vez más cuál es el medio legítimo, compatible con los valores y principios que asegura la Convención Americana, para salir al paso de conductas indebidas, lesivas de ciertos bienes jurídicos y de los derechos de sus titulares.”, Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 15.

⁶⁶⁰ *Caso Kimel ...*, párr. 80.

satisfecho los dos primeros subprincipios del juicio de proporcionalidad no hace falta terminarlo. El resultado es previsible.

La Corte agota el método y verifica la estricta proporcionalidad de una medida que ya era ilegal e innecesaria. En este punto se debe verificar en qué medida la restricción a la libertad de expresión benefició el derecho a la honra. Para ello, “se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”⁶⁶¹ El grado de afectación, dado el efecto estigmatizador de una sanción penal, es grave. En cambio, el derecho a la honra de un funcionario público de entrada es ya reducido porque en una sociedad democrática debe preferirse el debate y escrutinio exigentes. Hay una línea delgada entre el escenario de lo público y lo privado, y por tanto, cuando se trata de un juez que investiga una masacre deben tolerarse afirmaciones y apreciaciones de los ciudadanos sobre el ejercicio de tal funcionario. Según la Corte, eso es constancia del pluralismo democrático y dado que la opinión del señor Kimel involucraba sólo una apreciación y no un hecho concreto, menos aún la imputación directa de un delito, y además “no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista”⁶⁶² entonces la medida del gobierno argentino fue manifiestamente desproporcionada.

4.3.1.2 SOBRE LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO UNA VEZ DESAPARECIDA LA CONTROVERSIA JURÍDICA.

Hay sin embargo una crítica al momento que decide la Corte Interamericana utilizar el juicio de proporcionalidad ante la colisión de derechos humanos consagrados en el Convención Americana: la ausencia de la controversia en el proceso.

La argumentación jurídica, según dijimos, adquirió gran auge gracias a la solución de conflictos, sobre todo en aquellos casos denominados difíciles. Se argumenta cuando

⁶⁶¹ *Ibidem*, párr. 84.

⁶⁶² *Ibidem*, párr. 92.

existe la posibilidad de sostener un dicho. Para Perelman,⁶⁶³ argumentar puede ser convencer al otro, persuadir al auditorio, de ahí que se siga que la argumentación sigue una lógica de controversia. Si no existen pretensiones encontradas, no puede hablarse de argumentación. Cuando una persona afirma que el cielo es verde, y nadie lo contradice, entonces no tiene necesidad de aportar razones para su dicho; no tendría que ponderar entre su afirmación y otra. Incluso si pretende explicarse teóricamente el juicio de proporcionalidad es necesario la existencia de aseveraciones en colisión.

Desde este punto de vista, puede claramente advertirse que en el caso Kimel no hay controversia jurídica real. Argentina se allanó a las pretensiones de la Comisión y de los representantes de la víctima. Pero esto no fue un obstáculo para que la propia Corte revisara el fondo, e incluso, supliera la deficiencia de la queja. La Corte aplica un método de solución de controversia jurídica, o de conflicto entre normas jurídicas, cuando realmente ya no existía una controversia. Y si de alguna forma existía una posibilidad de conocer el fondo del caso, es aquella de justificar la decisión en la medida que hubiese sido para determinar las reparaciones correspondientes. De cualquier forma, si la litis había desaparecido, la importancia solamente es teórica y no práctica.

En efecto, Argentina había aceptado la responsabilidad internacional y mostraba disposición para acatar las reparaciones que dictara la Corte. En este sentido, la controversia desaparecía respecto a los hechos que no eran controvertidos, al derecho, y a las consecuencias de la violación. Ahora bien, si la argumentación no solo resuelve una controversia sino que, en un sentido más amplio, justifica una decisión, entonces la Corte más que resolver una disputa procesal, debía verificar los hechos, pues en la medida que comprobara las violaciones ya reconocidas, podría determinar las reparaciones idóneas. Sin embargo el camino de su justificación no fue la argumentación sobre reparaciones, sino el juicio de proporcionalidad como forma de argumentar una violación a la Convención ya aceptada por el Estado demandado. En otro sentido, para ordenar una *restitutio in integrum*, reparación en equivalente, satisfacción u otras formas de

⁶⁶³ Perelman Chaim, y Olbrechts – Tyteca, *Tratado de la Argumentación...*, cit., p. 48. Cfr. Tobin, John, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

reparación era necesario, no ponderar derechos, pero sí justificar el conocimiento del caso, bajo esa perspectiva.

Pero afirma la Corte:

“... que a pesar de la confesión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte del Estado, subsiste la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión. Estas precisiones contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de derechos humanos.”⁶⁶⁴

De lo transcrito se desprende que su análisis está orientado a determinar la gravedad de la violación y a sentar un precedente. La Corte valora esta oportunidad del *Caso Kimel* como oportuna para dar un paso más en el desarrollo de la jurisprudencia. Pero no obstante esto que puede ser un fin legítimo del tribunal, debe decirse que la función de las cortes de derechos humanos está encaminada, primero, a la solución de controversias. Es más, pudo ser ampliamente celebrado, y constructivo para la jurisprudencia en América, que la Corte hubiera declarado lo inadecuado de la sanción penal para restringir la libertad de expresión. Pero exactamente eso no hizo.

El TEDH en el caso *Konstantin Markin vs Rusia*, en primera instancia, sostuvo que su función es, al tiempo que resuelve una controversia específica, dictar parámetros europeos sobre el tratamiento de un tema determinado.⁶⁶⁵ Es decir, asumió (también, en buena medida, por la propia actuación de los Estados) que es necesario establecer estándares europeos respecto de un tópico, y que eso significa, por otro lado, reducir el margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, cuando el Estado recurrió la sentencia a la Gran Sala, afirmó que la Sala había excedido sus funciones. Al final, la Gran Sala guardó silencio sobre este punto, pero no confirmó la violación al artículo 46, y tampoco adoptó las medidas de reparación que había sugerido la Sala.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, párr. 40

⁶⁶⁵ *Cfr.* CEDH, *Affaire Konstantin Markin c. Russie*, Première Section, Arrêt de 7 octobre, 2010, pp. 18 – 20, párrs. 64 – 67.

A diferencia de ese criterio, la Corte IDH resolvió que aun cuando existía allanamiento del Estado, tenía competencia para dictar una sentencia sobre el fondo “teniendo en cuenta las atribuciones que incumben a este Tribunal como órgano internacional de protección de los derechos humanos, [...] toda vez que la emisión de la sentencia contribuye... a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos.”⁶⁶⁶ El debate se presenta cuando no existe claridad respecto de todas las atribuciones del Tribunal, ni tampoco sobre los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. O mejor dicho, existe una duda razonable para determinar si los fines expresos en la Convención respecto de la función judicial, se terminan en el artículo 62.3 y 63.1, y qué exactamente significa la tarea de interpretar y aplicar la Convención, así como garantizar el ejercicio de un derecho o reparar una violación.

Con la postura más generalizada respecto de la teoría de la argumentación, Rentería la entiende “...en su particular acepción relativa a los discursos y tesis que se llevan a cabo dentro del marco del derecho, como un conjunto de proposiciones que ponen en resalto el modo de proceder de los jueces que toman decisiones judiciales. Y, en particular modo, entiendo esa expresión como el tentativo de evidenciar las relaciones no lógicas, no formales, que permean el razonamiento que explica la toma de decisiones.”⁶⁶⁷ Ante esto, la teoría de la argumentación aparece frente a los límites de la aplicación del silogismo jurídico. El mismo Alexy inicia su *Teoría de la Argumentación Jurídica* afirmando que la posibilidad de conflictos de normas es una razón para establecer que “La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o

⁶⁶⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel*, cit., párr. 28.

⁶⁶⁷ Rentería Díaz, Adrián, “La teoría de la argumentación y el decisionismo judicial”, *Sobre el razonamiento jurídico*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile), Edeval, Valparaíso, 2000, pp. 571 – 586.

probados.”⁶⁶⁸ Esto es, la argumentación pretende ser un discurso racional que sirve para justificar aquellas decisiones jurídicas en los que la subsunción no alcanza. Si esto es así, para argumentar hace falta, por lo menos, un disenso, y en términos procesales internacionales, quizá sea mejor hablar de controversia. En efecto, cuando existe consenso no hace falta argumentar.

Luego, si hay disputa entre las partes, y si la decisión jurídica no se sigue lógicamente, (es decir, no hay subsunción) y si esa controversia es suscitada por un conflicto entre normas de igual jerarquía, entonces un método de solución es la ponderación. En efecto, desde un ejercicio académico podríamos suponer las condiciones necesarias para crear una controversia y entonces demostrar la viabilidad o no de la ponderación. Pero en el *Caso Kimel*, no existe controversia, y la decisión jurídica no necesitaba de la ponderación precisamente porque no habría que justificar o convencer a otro de su idoneidad. La Corte Interamericana pudo dejar pasar esta oportunidad para inaugurar el método de la ponderación. El ejercicio que realiza parece más de una opinión consultiva, que de una solución a controversia jurídica en ejercicio de su competencia contenciosa. La Corte olvida, que la lógica del razonamiento jurídico en el proceso, sobre todo en el proceso del derecho internacional de los derechos humanos, es la lógica de una controversia.⁶⁶⁹

4.3.1.3 EL IURA NOVIT CURIA Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL ESTATAL.

En de la actuación de la Corte IDH es necesario hacer una última precisión respecto del alcance del principio *iura novit curia*. Dicho principio, ya enfatizado en casos anteriores⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Alexy Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 23.

⁶⁶⁹ “Di fatto il conflitto tra i giudizi di valore è al centro de tutti i problemi di metodo posti dall’interpretazione e dall’applicazione del diritto. Per questo la logica giuridica è una logica della controversia.” Perelman, Chaim, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., p. 10.

⁶⁷⁰ No se olvida, de ninguna manera, que el derecho internacional de los derechos humanos ha determinado que sus tribunales cuentan con (TEDH, Corte IDH, o los órganos con facultades *cuasi* jurisdiccionales como la Comisión Interamericana) una serie de exigencias al momento de interpretar y decidir sobre el lenguaje en el que están expresados esos derechos. Cfr. Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 203. “Con respecto a las alegadas violaciones de los artículos 5 y 12 de la Convención Americana, indicadas por los representantes únicamente en la conclusión del escrito de alegatos finales, las cuales no fueron incluidas en el escrito de solicitudes y

permite la suplencia de la deficiencia de las partes siempre que permiten al juez una mejor valoración de los hechos; es decir, allegarse de mejores elementos para poder acercarse a la realidad fáctica, y no sólo jurídica, aun cuando las partes no hayan observado todas las reglas formales durante el proceso.

En la sentencia Kimel, hay, desde este punto de vista, una lamentable e innecesaria aplicación del principio. Primero porque la redacción del párrafo 61 de la sentencia afirma que la Convención autoriza a hacerlo, pero no se desprende exactamente de qué artículo.⁶⁷¹ Luego, porque la Corte no respeta otro principio como el *non ultra petita*, y declara violado el artículo 9, cuando no lo habían solicitado las partes y respecto del cual no había allanamiento expreso del Estado. En realidad, pues, no había litis.

En la parte dispositiva de la sentencia, resuelve por unanimidad, que el Estado de Argentina violó "...el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, ..." así como el "... derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado...", y además, "el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2..."⁶⁷² todos en perjuicio del señor Eduardo Gabriel Kimel, considerado en el caso víctima única de las violaciones a las normas internacionales.

Hay un exceso en la actuación de la Corte, y en la que su argumentación no alcanza para justificar si se ha movido dentro de la discrecionalidad judicial, a partir de la

argumentos, este Tribunal considera que dichas alegaciones son extemporáneas; sin embargo, no tiene impedimento para analizarlas, de conformidad con el principio *iura novit curia*".

⁶⁷¹ "Esta Corte tiene competencia –a la luz de la Convención Americana y con base en el principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional– para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan", *Ibidem*, párr. 61.

⁶⁷² *Ibidem*, párr. 140.

utilización de métodos de interpretación jurídica internacional, o si por el contrario, roza o incluso rebasa esa frontera para volverse arbitraria. No debiera olvidar, por ejemplo, que el derecho internacional mantiene su validez en la buena fe no sólo de los Estados, sino en la actuación de la totalidad de los sujetos de derecho internacional. La desproporción de la restricción a la libertad de expresión, por el gobierno argentino, no es comparable con la desproporción en el método utilizado por la Corte para establecer la violación al artículo 9 de la Convención. Sin embargo, la misma palabra puede ser utilizada pues no corresponde en ninguna medida a la construcción de la confianza, como fundamento de las relaciones internacionales.

Como conclusión, la Corte Interamericana en el *Caso Kimel Vs. Argentina*, argumenta donde no hay controversia, pondera frente al allanamiento estatal, y donde la responsabilidad internacional está aceptada, aumenta preceptos violados. Son pues, los peligros de la ausencia de límites o de la discrecionalidad judicial absoluta en el sistema interamericano.

4.3.2 LA NEGACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA: OPINIÓN CONSULTIVA ARTÍCULO 55 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Esta duda razonable que planteamos respecto de los límites a la Corte Interamericana, y que pueden caer en el margen de la discrecionalidad judicial fueron absolutamente negados por ella al resolver, más bajo un procedimiento contencioso que consultivo, la Opinión Consultiva No. 20, en septiembre de 2009.⁶⁷³

La Corte IDH, a preguntas expresas del gobierno argentino, se ha pronunciado, de manera indirecta, sobre la función del juez internacional en materia de derechos humanos. Al procedimiento consultivo han acudido distintos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales e individuos a título personal. El resultado no dicho en el texto de la Opinión, pero advertido dados los alcances, es una enmienda a

⁶⁷³ Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

la Convención Americana, vía opinión consultiva. El resultado visible es una reforma al reglamento de la Corte Interamericana que recoge, efectivamente, lo expresado por ella misma en la solución de la opinión referida.

Existen dos preguntas a resolver por la Corte Interamericana, la primera es: ¿la posibilidad de designar un juez *ad hoc* debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal? Y la segunda: ¿aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar en la substanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia?

Respecto de la primera, tal como se advierte de la lectura del Pacto de San José, existen dos procedimientos convencionales para ejercer la competencia contenciosa de la Corte: por un lado, el más utilizado hasta el día de hoy el sistema de peticiones individuales que incluye la queja del individuo ante la Comisión Interamericana, y luego la posibilidad de remitir el asunto al conocimiento de la Corte; y por el otro, el proceso iniciado directamente ante la Corte por un Estado frente a otro Estado, sistema conocido como de demandas interestatales.

Pues bien, la práctica de la Corte en el sistema de peticiones individuales había sido darle la posibilidad al Estado demandado de designar un juez *ad hoc*, siempre que no contara con uno designado por el mecanismo normal, establecido en la Convención, y que refiere a la Asamblea de la Organización de Estados Americanos. Hasta ese momento, en todos los casos, los Estados habían aprovechado esa oportunidad para designar un juez *ad hoc*. Incluso en aquellos en los que el juez nacional se excusaba de conocer, porque aducía un interés personal anclado en la nacionalidad. Sin embargo, puede advertirse, al menos en los casos mexicanos, y donde se ha nombrado juez *ad hoc*, que son ellos mismos quienes han votado junto con la mayoría, por lo que, al final, el resultado no ha implicado una desigualdad real.

Al contestar la pregunta interpuesta por Argentina, la Corte Interamericana decidió que el derecho de un Estado a nombrar juez *ad hoc*, solamente debe establecerse

respecto de las demandas interestatales, y no en el sistema de peticiones individuales, porque si se hace en este último, se deja en estado de desigualdad de armas a la Comisión Interamericana y al individuo, como presunta víctima de violación de derechos fundamentales consagrados en normas internacionales. Al respecto, los Estados, entre ellos México, alegaron a su favor, no sólo la práctica reiterada sino también el conocimiento de un sistema particular, o del derecho interno.

Es cierto, además, que la institución del juez *ad hoc* se ha visto en más de una ocasión, en litigios Estado vs. Estado, como representación de las partes que como una parte del cuerpo judicial, sin embargo también es correcto afirmar que la práctica de esos jueces ha manifestado cada vez más su objetividad.⁶⁷⁴ De cualquier forma, su origen puede verse desde el arbitraje como medio de solución pacífica de una controversia, en la que cada una de las partes designaba a un árbitro.⁶⁷⁵

La justificación a esta primera pregunta descansa en una aproximación al artículo 55 de la Convención Americana a partir de la CVDT. Al respecto, si se leen los párrafos 21 al 54 de la decisión, no se puede menos que enfatizar el desaseo metodológico de la Corte Interamericana para interpretar el artículo 55 de la Convención a partir de la regla general de interpretación de tratados. Marquemos algunos: 1. Le da un peso absoluto a la literalidad del artículo 55; 2. Refiere la noción de interpretación conforme al objeto y fin del tratado, pero no la desprende en ningún momento como herramienta interpretativa (en cambio habla del objeto y fin de la norma); 3. Por contexto entiende que debe interpretar el 55.3 leyendo el artículo 55 en general, y en conjunción con algunos otros artículos de la Convención; 4. Confunde costumbre internacional con práctica ulterior de los Estados; 5. Introduce la noción de *ius cogens* sin probarla; 6. Confronta una norma consuetudinaria general frente a una norma *ius cogens*, y olvida que ésta, en todo caso, es también una norma consuetudinaria.

⁶⁷⁴ Cfr. Lauterpacht, Elihu, "The role of the International Judge", en *Le procès international. Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, Bruselas, Bruylant, 2009, pp. 189 – 190.

⁶⁷⁵ Incluso, la concepción del juez *ad hoc* apareció en la Convención XII de La Haya, en 1907. Cfr. Valticos, Nicolas, "L'évolution de la notion de juge *ad hoc*", *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 1, 1997, pp. 1 – 15.

En el capítulo 3 de este trabajo enfatizamos algunas de las características de la regla de interpretación establecida en la CVDT, así que sólo haremos algunos comentarios para contrastar la función de la Corte Interamericana.

Los artículos 31 y 32 le dan importancia al texto solamente en la medida que está ahí expresada de mejor forma la voluntad de los Estados. O sea, si la Corte Interamericana se acerca a la Convención a partir de la regla de la CVDT, debe hacerlo pensando que la voluntad de los Estados está expresada en el texto. Afirmar que la naturaleza de los tratados de derechos humanos reviste un serie de características distintas (párrafo 37), le aleja de la posibilidad de utilizar la CVDT pues podría pensarse que el texto del tratado de derechos humanos tiene un sentido objetivo (argumento respecto del cual, a partir de la teoría del derecho, mencionamos que no es posible). En cambio, sí puede afirmarse que los Estados, una vez determinado el objeto y fin del tratado, autorizan una interpretación teleológica, y por ende, la propia voluntad estatal prima.

Así pues, la Corte Interamericana (como antes la Corte Internacional) sostiene que la interpretación conforme al “sentido corriente de los términos” no es una regla en sí misma, sino que debe ir acompañada por la buena fe, el contexto y el objeto y fin del tratado. Sin embargo, le basta a la Corte dejar su interpretación con el sentido corriente de los términos. En efecto, no refiere el objeto y fin de la Convención Americana (identificado en el Preámbulo) y en cambio apela a un objeto y fin de la norma, sin precisar cuál es este, (párrafo 34) para luego revisar el artículo 31 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es decir, en la Opinión Consultiva no. 20, los jueces interamericanos afirmaron que la interpretación literal no basta, pero a ellos les fue suficiente.

Es más problemática y peligrosa la confusión de la práctica reiterada como norma consuetudinaria. De los párrafos 47 al 54, ya fuera de su análisis de Convención de Viena, aborda el argumento de que la práctica de la Corte era utilizar el artículo 55 de la Convención como posibilidad de otorgarle al Estado el nombramiento de un juez *ad hoc*.

Aquí la Corte cae en la “trampa” que le tendieron los Estados aduciendo que hay una norma internacional consuetudinaria de nombrar juez *ad hoc* bajo el sistema de peticiones individuales. Al respecto deben hacerse precisiones puntuales:

- a. El nombramiento de jueces *ad hoc* en casos resueltos por la Corte Interamericana, bajo el sistema de peticiones individuales debe ser visto no como existencia de una costumbre, sino como una práctica ulterior de los Estados bajo el manto del artículo 31.3.b de la propia CVDT. En efecto, la práctica ulterior pudo ser alegada como una forma en la cual los Estados entendían que debía ser interpretado el artículo 55 de la Convención Americana. También lo contrario pudo ser cierto. La inconsistencia argumentativa consiste en que la Corte Interamericana no mencionó la práctica ulterior, no obstante forma parte también de la regla general de interpretación.
- b. Si los Estados aportaron argumentos sobre la existencia de una costumbre internacional, la Corte pudo válidamente comprobarla. Si ésta existe, entonces el problema se mueve a la relación entre la norma convencional y la norma consuetudinaria. Es decir, si efectivamente se acredita una norma de costumbre, entonces es ésta norma la que debe servir para interpretar el tratado. Argumentos como la norma consuetudinaria emergente debieron ser puestos en juego, pero la Corte no lo hace.⁶⁷⁶
- c. Si la pretendida norma consuetudinaria no basta para interpretar la norma convencional, entonces hay un conflicto de normas, que debe ser resuelto.

No menos peligrosa es la afirmación de la existencia del *ius cogens* para enfatizar su jerarquía mayor frente a una norma consuetudinaria. No que esto sea incorrecto, sino que hay insuficiencia en la argumentación. La Corte Interamericana no interpretó el artículo 55 para establecer si era o no *ius cogens*, si no para saber si le otorgaba al Estado un derecho de nombrar un juez *ad hoc*. Por otro lado, la cuestión de fondo, la pregunta del Estado argentino no es sobre la igualdad en términos abstractos y la prohibición de

⁶⁷⁶ No se repiten aquí los argumentos que ya hemos expuesto en los capítulos 2 y 3 respecto de la relación entre tratado y costumbre y la interpretación de aquéllos a partir de ésta.

discriminación, sino sobre la igualdad de armas en el proceso. El párrafo 54, leído en conjunción con el párrafo 50, puede generar un efecto aterrador en el discurso jurídico internacional: la igualdad de armas en el proceso constituye *ius cogens*. En efecto, lo que se dice es que la igualdad procesal, o igualdad de armas descansa en la norma general de prohibición de discriminación; pero al mismo tiempo ésta misma norma, dicha así, no ha sido reconocida como *ius cogens*, sino sólo en aquello que refiere la prohibición de discriminación por cuestiones de raza. De ahí se sigue que, aun cuando existiera una norma consuetudinaria que permitiera nombrar jueces *ad hoc* en casos individuales, debe pesar más el derecho imperativo.

El siguiente paso de la Corte es desestimar la función orientadora y representativa del juez *ad hoc*, como argumentos que habían hecho valer los Estados. Sostiene que el propio órgano judicial debe allegarse de todas las herramientas posibles para mejor decidir el caso; así que, en situaciones donde haga falta conocer, por ejemplo, el derecho nacional, podrá llamar a peritos, además de las funciones importantes que realizan los *amicus curiae*. Confirma, respecto de la representatividad, que los jueces están llamados a integrar la Corte a título personal y no como representantes de los Estados.

De esta forma, afirma la Corte que el nombramiento del juez *ad hoc* solo opera para casos en donde se activa el sistema de demandas interestatales.

4.3.2.1 LA NACIONALIDAD DEL JUEZ COMO NEGACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.

La segunda pregunta eleva a la discusión el tema, en general, de la probidad judicial internacional: ¿aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar en la substanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia? Antes de revisar la respuesta de la Corte, podríamos revisar la práctica de los otros jueces, pues una respuesta positiva, cuestionaría indirectamente lo que suceda en otros órganos judiciales internacionales.

El propio nombramiento del juez *ad hoc* oculta la posibilidad de que un Estado mantenga la presencia de un juez de su nacionalidad en el centro del debate judicial, no

es cierto que todos los jueces actúen o deban actuar de esa forma. Con la entrada en vigor del Protocolo no. 14 al Convenio Europeo quedó ratificado el lugar que debe tener el juez designada por la Alta Parte Contratante que se encuentre en el litigio. Como se sabe, el TEDH se compone de un número igual de jueces al de los Estados parte del Convenio. Así, el artículo 26.4 establece que dicho juez será miembro de pleno derecho de la Sala y Gran Sala; y el artículo 28.2 otorga al Comité la posibilidad de invitar al juez designado por el Estado en litigio.

Por otro lado, existe una sana práctica de los jueces del Órgano de Apelación de la OMC, en donde no existe la figura del juez *ad hoc*, pero tampoco la obligación de excusarse para un juez nacional de un Estado en litigio. En cambio, en los sistemas del Tribunal Internacional del Mar y de la Corte Internacional de Justicia, si iniciado un litigio sólo hay un juez nacional de una de las partes, la otra puede nombre un juez *ad hoc*, y si ninguna de las partes tiene un juez nacional en la composición permanente del órgano judicial, ambas tienen el derecho de nombrar un juez para ese caso. En todos los casos, un juez puede válidamente no conocer de una controversia, cuando advierta que hay intereses personales en juego, que estuvo vinculado al asunto con anterioridad de que llegara al órgano judicial, entre otros. Siempre, en estos supuestos, la decisión es del juez. En ningún caso, se le exige que se abstenga de conocer, basado sólo por la nacionalidad.

La Corte Interamericana, para apoyar su posición, evita referirse al sistema del TEDH y menciona ejemplos de los Comités de las Naciones Unidas, que no son órganos judiciales, y el ejemplo de la Corte Africana (que todavía no tiene pronunciamientos en el fondo, pues se ha declarado incompetente).

La pregunta de Argentina a la Corte Interamericana lleva ya una buena dosis de carga semántica negativa, pues habla de despojar al juez de toda parcialidad o influencia.⁶⁷⁷ La lectura contraria y afirmativa es: los jueces son parciales e influenciados, por tanto hay que “quitarles” o “privarlos” de aquello que los ensucia. La Corte

⁶⁷⁷ “Despojar: 1. Privar a alguien de lo que goza y tiene, desposeerle de ello con violencia. 2. tr. Quitar a algo lo que lo acompaña, cubre o completa. ...” Real Academia Española, *op. cit.*

Interamericana es de opinión que sí, en efecto, el juez que fue nombrado por su alto prestigio, por su honradez y altos méritos, al ser nacional de un Estado, es parcial e influenciado (aquí se lee en sentido contrario el dicho exacto de la Corte); por lo tanto debe excusarse de conocer del caso.

Dice textual la Corte:

“De lo anterior es dable concluir que, la sola nacionalidad del juez que deba conocer de un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y *a priori*, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia.

“...el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias... en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema.”⁶⁷⁸

Que un órgano judicial internacional razone de esa forma es delicado. Advertimos, por ejemplo, que admite que la nacionalidad puede “suscitar sospecha”; y ante eso, decide que debe abstenerse de conocer de la controversia. Solo si la Corte lograra probar que la nacionalidad ha afectado sus fallos, otorgando por ejemplo la razón al Estado, cuando no la tiene, entonces podría exigir la excusa. Sin embargo, no sólo no puede acreditarlo, sino que la mayoría de los jueces nacionales votan en contra de su propio Estado.⁶⁷⁹

Pero todavía hay un peligro mayor en la decisión de la Corte: la enmienda de la Convención Interamericana por vía judicial. En efecto, si la Corte Interamericana sostiene por un lado que el artículo 55 no se aplica al sistema de peticiones individuales, entonces no puede aplicarse el 55.1 para que un juez permanezca conociendo del caso. Pero al mismo tiempo, no hay otro artículo que pueda ser utilizado para exigir que un juez no conozca de un caso. Es decir, hay un silencio del tratado internacional. Si realmente, como afirma la Corte, su intención es ir a la Convención de Viena, entonces deben revisar

⁶⁷⁸ Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención...*, cit., párrs. 81 y 85.

⁶⁷⁹ En el caso de México ha sido así, y la incongruencia es total, pues Eduardo Ferrer Mac – Gregor fungió como juez *ad hoc* ante la imposibilidad voluntaria de Sergio García Ramírez para conocer. Por supuesto, Eduardo Ferrer, nacional mexicano, votó con la mayoría y por tanto en contra de su “nacionalidad”. En junio de 2012, Eduardo Ferrer fue designado por la Asamblea General de la OEA juez de la Corte IDH.

la voluntad de los Estados, sin embargo no hay una sola mención al respecto. Bien pudo decir la Corte que los Estados que crearon la Convención, o pensaron que el 55.1 podía aplicarse para ambos sistemas, sea el de peticiones individuales como el de demandas interestatales, o simplemente no pensaron en la posibilidad de permitirles a los jueces la posibilidad de no conocer en razón de su nacionalidad, sino solamente por los supuestos que el propio Estatuto, aprobado por la Asamblea de la OEA (o sea, Estados), les autoriza. Pero ante el silencio normativo, la Corte crea una norma, no interpreta la que existe, sino que legisla, enmienda.

Cuando en el párrafo 79 la Corte razona que “..., puede concluirse que el artículo 55.1 de la Convención nada dice respecto de la participación del juez nacional de un Estado demandado en casos originados en peticiones individuales ya que, como fue establecido en el capítulo precedente, este se refiere exclusivamente a casos originados en comunicaciones interestatales. Según esta perspectiva, tomando en consideración la importancia y trascendencia del tema, no es dable en términos interpretativos deducir una prohibición implícita en dicha norma.” utiliza un criterio no convencional y lleno de un espacio común: “importancia y trascendencia del tema”. Este es su criterio interpretativo para afirmar que no hay una prohibición implícita.

Con base en esta decisión la Corte reformó su Reglamento en noviembre 2009 (evidentemente para hacer una efectiva enmienda a la Convención o al Estatuto es necesario acudir a los Estados) y expresamente obliga a un juez, elegido “... a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reú[n]e las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que lo proponga como candidato.”⁶⁸⁰ a no conocer de un caso cuando su Estado pueda ser declarado responsable internacionalmente.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Artículo 52.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁸¹ “**Artículo 19. Jueces nacionales.** 1. En los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado

En otras palabras, la Corte Interamericana niega rotundamente una parte de la discrecionalidad de la que puedan gozar los jueces internacionales, como el espacio estrictamente subjetivo para tomar decisiones.⁶⁸² Para ella, dado que la nacionalidad puede viciar el sentido de la justicia en el sistema interamericano, entonces sólo hay una respuesta correcta, sólo una solución posible, y el juez, mecánicamente, deberá encontrar la subsunción normativa y aplicarla al caso. La negación de la discrecionalidad, es, en cualquier caso, una afirmación de la mecánica judicial.

Si la Corte razona así, entonces, tendrá que prohibir también que un juez ateo conozca de casos donde se encuentre en conflicto la libertad religiosa; o que un juez de profesión católica se abstenga de conocer de casos donde se analice la libertad religiosa de un católico; o limitar a un juez, expresamente ubicado dentro de un partido político de derecha, para que conozca de casos de un partido político de izquierda o independiente; a hombres, para conocer de casos de mujeres, y muchos más ejemplos. Esto es, por último: si la nacionalidad está vinculada a la apreciación de la justicia, entonces otros factores pueden también influenciar al juez y hacerlo parcial. En este punto, la Corte niega que haya una parte de la decisión judicial en donde entran otros factores no jurídicos y que ayudarán, sin duda, a resolver la controversia. La Corte Interamericana, al obligar a un juez a no conocer, más que discrecional, es arbitraria.

4.3.2.2 SOBRE EL VALOR JURÍDICO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL.

Dado el efecto de la Opinión Consultiva no. 20 de la Corte Interamericana, no parece fuera de lugar hacer una revisión al valor jurídico que tienen las opiniones consultivas según los estatutos de los tribunales internacionales y la práctica de los sujetos internacionales.⁶⁸³ Como bien se sabe, los órganos jurisdiccionales pueden resolver

demandado.” *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁶⁸² Cfr. Bedjaoui, Mohammed, “L’egalité des États dans le process international, un mythe?” en *Le procès international. Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, cit., pp. 16 – 17.

⁶⁸³ Sobre la finalidad de los procedimientos consultivos en órganos jurisdiccionales internacionales puede verse: Ago, Roberto, ““Binding” advisory opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of*

cuestiones puestas por un sujeto legitimado para hacerlo, en ejercicio de su competencia consultiva. Pero la decisión final, denominada opinión consultiva, no puede ser considerada como cosa juzgada.⁶⁸⁴

Una opinión consultiva no implica que un órgano judicial salga de su función jurídica de decir el derecho. Lo que desaparece es, en realidad, la controversia procesal.⁶⁸⁵ La decisión, en cualquier caso, no escapa al discurso jurídico y debe evitar basarla en consideraciones políticas o de otra índole. De ahí que se distinga entre la competencia del órgano judicial para conocer de una opinión que le sea válidamente solicitada y el poder discrecional para efectivamente otorgarla.⁶⁸⁶

En realidad, una opinión consultiva no decide una controversia, y al no decidir una controversia, no rige el sentido genérico del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece que las sentencias no son vinculantes sino solamente para las partes en el proceso,⁶⁸⁷ aun cuando pareciera que las opiniones también pueden seguir un procedimiento de contradictorio.

Sin embargo, podemos considerar esta Opinión no. 20, como una decisión jurídica de trascendencia internacional, primero porque ha sido resuelta como si existiera una litis, donde los Estados, los sujetos autorizados y aquellos individuos que voluntariamente se acercaron al procedimiento, acuden a hacer valer sus argumentos con la intención de convencer a los jueces sobre un determinado pronunciamiento. Y segundo, porque al resolver la pregunta inicial, los organismos internacionales o los Estados que acuden al

International Law, July 1991, pp. 439 y ss.; existe versión en español: Ago, Roberto, "Las opiniones consultivas "obligatorias" de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy.", en Rama-Montaldo, Manuel, *op. cit.*, pp. 1081 – 1098.

⁶⁸⁴ Cfr. Treves, Tullio, *Diritto Internazionale...*, *cit.*, p. 625.

⁶⁸⁵ Lo cual no debe confundirse con la naturaleza judicial de las opiniones consultivas. Es decir, tanto en funciones contenciosas como consultivas, un tribunal internacional debe mirar, necesariamente, sus funciones desde la óptica jurisdiccional. Cfr. *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963*, p. 30.

⁶⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia basa este poder discrecional en el verbo "podrá" del artículo 65.1 de su Estatuto. Y sobre el poder discrecional puede verse, como decisión más reciente, Cfr. *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)*, ICJ, 22 July 2010, párrs. 29 y ss.; Y la opinión contraria a la mayoría de la Corte en *Opinion Dissidente de M. le Juge Bennouna, Accordance with international law of...*, *ibidem*, párrs. 4 – 26.

⁶⁸⁷ Cfr. Dupuy, Pierre-Marie, *Droit International...*, *cit.*, p. 619.

procedimiento, actúan con base en los pronunciamientos de la Corte, como si fuera una sentencia.⁶⁸⁸

De esta última circunstancia, se puede decir sin problema, que los órganos internacionales judiciales, a través de opiniones consultivas, pueden incidir en las relaciones internacionales, aun cuando no se solucione, de hecho, una controversia entre Estados o entre sujetos de derecho internacional. Por ejemplo, si se revisa que es la Asamblea General y el Consejo de Seguridad quienes pueden someter a consideración de la CIJ una cuestión de interés general, o si, en el Sistema Interamericano, puede ser la propia Comisión Interamericana quien incite a la Corte sobre un pronunciamiento consultivo, entonces puede afirmarse que los órganos judiciales pueden revisar mucho más el derecho internacional a través de esas opiniones que a partir de las sentencias, propiamente dichas.

En el caso de la CIJ, parecería más claro afirmar que las opiniones consultivas, en todo caso, marcarían una obligación a las organizaciones internacionales que la solicitan, en la medida que el órgano judicial interprete el derecho de la propia organización. Pero esto no sucede de igual forma en el Sistema Interamericano, donde son los propios Estados quienes pueden someter una cuestión a la Corte Interamericana (como de hecho ha sido en la mayoría de las veces), lo que significaría que sí podría generar al menos una expectativa de conducirse de acuerdo a lo dicho por el tribunal. Ahora bien, si los Estados actúan con base en una opinión consultiva, entonces nos estaremos alejando cada vez más de un derecho internacional voluntarista, para llegar a un derecho internacional decisionista. Y el punto central debe dirigirse hacia quién toma o debe tomar las decisiones, pero sobre todo, cómo lo hace.

4.3.3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL *CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*.

⁶⁸⁸ México, en el *Caso Radilla Pacheco*, ya no lo hizo. Y dada la excusa de Sergio García Ramírez, bajo la fórmula: “ser pero también parecer”, el Estado, por primera vez en un caso contencioso, no designó juez *ad hoc*. Dicho sea de paso que en el *Caso Campo Algodonero*, México había nombrado a una juez que no cumplía los requisitos, y tuvo la propia Corte, a petición de los representantes de la víctima, que solicitarle al gobierno mexicano una nueva designación.

Hay una verdad incontestable en la realidad jurídica mexicana: el derecho internacional pasó de ser un derecho puramente entre Estados, reservado a los diplomáticos y demás representantes de un Estado o a los funcionarios de organizaciones internacionales, a ser moneda común para los habitantes de una sociedad como la nuestra. Pareciera que de pronto el derecho internacional nos alcanzó y aun no estábamos preparados para ello ni en el aula de clases, ni en los foros judiciales, ni en las oficinas gubernamentales, ni en los poderes legislativos, o sea, entre quienes manejan el derecho. De ahí que haya un constante manoseo de las normas internacionales que termina por “deslucir” al derecho internacional y al derecho internacional de los derechos humanos; no porque no deban ser tocados (si para eso existen), sino porque no se hace con el mejor manejo de los conceptos y las implicaciones que encierran los derechos y las obligaciones consagradas en normas.

Este fenómeno ha sido producido por tres factores fundamentales: 1. la sentencia *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* dictada por la Corte IDH en noviembre de 2009, que ordenó el control de convencionalidad a las autoridades judiciales; 2. el pronunciamiento de la SCJN sobre las obligaciones que derivaban de dicha sentencia, al Poder Judicial de la Federación; y 3. la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011. Así, en aproximadamente 18 meses, el sistema jurídico mexicano sufrió tal transformación que no podíamos dejar pasar esta oportunidad para observar el desempeño de la Corte IDH y su influencia en el derecho mexicano.

Hay una diversidad de temas que se agolpan alrededor del control de convencionalidad de gran importancia y todavía no suficientemente presentados por los juristas. En efecto, no hay conceptos académicos acabados sobre el control de convencionalidad sencillamente porque el vocablo ha sido una creación pretoriana interamericana desordenada, no debidamente razonada, o respecto de la que no puede hablarse de un uso homogéneo en la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, por ejemplo, el control de convencionalidad ha transcurrido de una “especie de”, en el Caso Almonacid

Arellano,⁶⁸⁹ a un control judicial de convencionalidad *ex officio*, en el Caso Radilla Pacheco,⁶⁹⁰ a un control de convencionalidad por todos los órganos estatales, incluidos los jueces, en el Caso Gelman.⁶⁹¹

Debido a eso, adoptaremos el siguiente planteamiento que de cualquier forma tiene como centro la función judicial, dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Primero, a manera de introducción, es importante recordar cuál es el parámetro que México sigue respecto de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno; luego, la doctrina del control de convencionalidad adoptado jurisprudencialmente por la Corte IDH, con especial atención a la Sentencia Radilla Pacheco; en tercer lugar revisaremos el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Expediente Varios 912/2010 y sus implicaciones en el sistema jurídico mexicano; posteriormente el control de convencionalidad y la interpretación de normas de derechos humanos a partir de la reforma constitucional en la materia; y al final, las debilidades conceptuales del control de convencionalidad (a partir del derecho internacional) y los retos de la función judicial mexicana.

4.3.3.1 EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Durante el primer capítulo ya tuvimos oportunidad de afirmar que todavía no logramos salir completamente de las posturas monistas y dualistas para explicar el derecho internacional y su relación con el derecho interno. Hay una convivencia de visiones según nos acerquemos desde el derecho constitucional, el internacional, o en algunos casos, el europeo. Por eso, mejor hablamos de pluralismo jurídico para referirnos a la existencia de varios modos de plantearnos dicha relación.

⁶⁸⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁶⁹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339 – 342

⁶⁹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 193.

En México, sin embargo, esta relación todavía se construye a partir de una posible jerarquía movable del derecho internacional, según se trate de derechos humanos y los otros temas. En efecto, mientras las normas convencionales que protegen derechos humanos pueden ser vistas dentro de un bloque constitucional, no tenemos claro qué debemos hacer con el otro derecho convencional, y peor aún, con el derecho internacional no convencional. El problema, por supuesto es práctico, pues al final encierra una colisión de normas. Y mientras que los dualistas mantienen una suerte de indiferencia, los monistas destacan primacía de una norma o la otra y de ahí dependerá la aplicación y solución del conflicto.⁶⁹²

La realidad demuestra que la inercia particular de cada historia estatal es determinante para la solución de un conflicto.⁶⁹³ En Estados Unidos de América, por ejemplo, prevalece todavía el diseño constitucional interno, en el que, basados en la teoría dualista, es necesario un acto del Poder Legislativo para incorporar una norma que proviene del ámbito internacional al sistema jurídico interno. Los europeos, en cambio, han asumido que deben ajustarse a lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa, y que existe una obligación de adecuación en los ordenamientos internos, incluso en los de integración de la Unión.⁶⁹⁴ En el caso de México, como veremos a continuación, todavía hay una cierta afinidad a la teoría monista, pero que ve al derecho internacional dividido entre las normas convencionales de derechos humanos, las otras normas convencionales y el otro derecho internacional (del cual más que división hay silencio constitucional y judicial).

El sustento para aseverar que en México seguimos una postura monista lo encontramos en el procedimiento de celebración de tratados internacionales marcado

⁶⁹² Cfr. Nguyen, Quoc Dinh, *et. al., op. cit.*, pp. 95 – 97.

⁶⁹³ Es la Constitución la que en principio resuelve el conflicto entre disposición nacional y un tratado. Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno”, en *Revista IIDH*, Costa Rica, enero – junio de 1988, pp. 27 y 28. Para un breve ejercicio de derecho comparado puede verse a Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 178–199.

⁶⁹⁴ Cfr. Verdross, Alfred, “La place de la Convention Européene des Droits de l’Homme dans la hierarchie des normes juridiques” *Comunicazioni e Studi*, Vol. 13, Milán, 1969, pp. 3 – 13.

por la propia Constitución en el artículo 133, y en la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha realizado respecto de dicho artículo. Así, en el contexto mexicano, el derecho internacional y el derecho interno forman un solo sistema jurídico.

Esto significa que, en México, el derecho internacional no necesita ser incorporado como derecho interno una vez que el Estado ha expresado su consentimiento en obligarse según las formas establecidas en la Constitución, es decir, el derecho internacional no requiere de otro acto legislativo, judicial o administrativo para volverse obligatorio. El derecho internacional es, desde el momento en el que el Estado mexicano ha expresado su consentimiento, derecho interno. O dicho de otra forma, su incorporación es seguir lo establecido en el procedimiento constitucional: ser firmados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado y luego, ratificados por el Presidente.

Si esto es así, entonces, en el caso mexicano, podríamos afirmar que: 1) un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno, es en realidad, un conflicto entre normas internas; 2) todas las autoridades mexicanas, en atención a que vivimos dentro de un Estado de derecho, deben conducirse conforme a las normas jurídicas, ya de fuente nacional, ya de fuente internacional.

La jerarquía de tratados internacionales en el derecho mexicano. Para precisar la relación jerárquica que guardan los tratados internacionales respecto del sistema jurídico mexicano debemos atender al contenido de los artículos 1 y 133 constitucionales, así como a la interpretación que la SCJN ha efectuado del artículo 133. En la primera parte del artículo 133 se lee: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.”

La ambigüedad de la redacción es evidente, debido a que de la misma pueden desprenderse interpretaciones superfluas, como la de que ambos tipos de normas (leyes del Congreso de la Unión y tratados internacionales) se encuentran en igual nivel que a la

Constitución, sin que ésta última pierda su estatus de Ley Suprema. Dicha interpretación constituye un absurdo jurídico, no por incluir a los tratados internacionales en un posible nivel constitucional, sino porque sería contrario al sistema jurídico que todas las leyes del Congreso se encuentren en el mismo nivel que la Constitución si, desde la postura *kelseniana*, ésta es el fundamento de validez del orden jurídico mexicano.

Por otra parte, podría hablarse de un bloque de constitucionalidad general, es decir, que al menos en lo que respecta a derechos humanos, los tratados y las leyes del Congreso que los recogen tendrían el mismo nivel que la Constitución. Sin embargo, es evidente que no existe una referencia clara para ubicar a todas esas normas como *Ley suprema de toda la Unión*. Entre otros argumentos, porque se produciría un problema de colisión que no podría resolverse bajo criterios de jerarquía, sino de igualdad; es decir: norma posterior deroga norma anterior, o norma especial deroga norma general. En este sentido, no se consideraría, para hacer ese tipo de interpretación, que los tratados internacionales y las leyes del Congreso tienen procedimientos distintos de creación. Así pues, la conclusión definitiva no es otra sino seguirnos lamentando de la fórmula textual utilizada en el artículo 133 constitucional.⁶⁹⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la interpretación del artículo 133. La tarea del intérprete es fundamental para entender el significado de aquello que es objeto de interpretación. Desde distintas ópticas, políticos, jueces, académicos, legisladores, entre otros, se han dado a la tarea de interpretar el artículo 133 constitucional. Los resultados han sido diversos, sin que aún haya sido posible un consenso al respecto. No hemos sido aptos en México de crear un texto claro, ni una interpretación uniforme. Situados en la Décima Época de la SCJN, todavía somos incapaces de tener una posición precisa respecto de la jerarquía del derecho internacional.

⁶⁹⁵ Elisur Arteaga sostiene que mientras no se reforme el artículo 133 “no queda más que admitir que los tratados internacionales, lejos de tener una jerarquía especial, son de naturaleza secundaria, igual que cualquier ley”. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, 3ª. reimpr., 3ª. ed., México, Oxford, 2010, p. 24.

En febrero de 2007,⁶⁹⁶ la Corte decidió que reservaría jurisdicción a las Salas para resolver 14 amparos en revisión⁶⁹⁷ y que solamente abordaría en Pleno los términos abstractos del asunto de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano. El resultado fue cerradísimo: mientras 6 ministros⁶⁹⁸ votaron en el mismo sentido que el proyecto del ministro ponente Aguirre Anguiano,⁶⁹⁹ hubo 5 que, con argumentos diferentes,⁷⁰⁰ lo hicieron en contra.⁷⁰¹

Los argumentos de la mayoría, que contemplaron que los tratados internacionales son parte de la Ley Suprema de toda la Unión y tienen jerarquía superior a las otras leyes del sistema jurídico mexicano, pueden resumirse en los siguientes:

1. Fue intención del Constituyente crear un bloque de normas de observancia general, al cual denominó *Ley Suprema de toda la Unión*, en términos del artículo 133 constitucional. Este bloque se constituye por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales del Congreso de la Unión.⁷⁰²
2. Las leyes del Congreso de la Unión que pertenecen al bloque de *Ley Suprema de toda la Unión* son sólo las leyes generales. Por tanto, las leyes federales y

⁶⁹⁶ Para un comentario sobre las interpretaciones anteriores puede verse: Estrada Adán, Guillermo E., "Ubicación jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano", en Carlos Reyes Díaz (ed.), *Temas Selectos de Comercio Internacional*, México, Porrúa, 2008, pp. 85–108.

⁶⁹⁷ Los amparos en revisión son: 120/2002, 1976/2003, 74/2006, 815/2006, 1651/2004, 1738/2005, 2075/2005, 787/2004, 1576/2005, 1084/2004, 1277/2004, 1850/2004, 1380/2006 y 984/2006.

⁶⁹⁸ Los ministros que votaron a favor fueron: Aguirre Anguiano, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Ortíz Mayagoitia.

⁶⁹⁹ Se advierte que respecto de la decisión del Pleno en el tema de jerarquía de tratados fue, efectivamente, el ministro Aguirre Anguiano quien tuvo la ponencia, pero en la resolución de los amparos los distintos ponentes fueron los ministros: Góngora Pimentel (1651/2004, 2075/2005, 787/2004), Aguirre Anguiano (120/2002, 1576/2005, 1277/2004), Gudiño Pelayo (1976/2003, 815/2006, 1850/2004), Valls Hernández (74/2006), Azuela Güitrón (1738/2005), Luna Ramos (1084/2004), Cossío Díaz (1380/2006) y Franco González – Salas (948/2006).

⁷⁰⁰ Por ejemplo, pueden verse: Voto particular que formula el ministro José Fernando Franco González – Salas, en el amparo en revisión 815/2006 promovido por Almidones Mexicanos, Sociedad Anónima de Capital Variable, p. 11; Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 120/2002, quejoso Mc.Cain México Sociedad Anónima de Capital Variable, pp. 10-17; Voto particular que formula el ministro Juan N. Silva Meza en relación con el Amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc.Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, pp. 46 y ss.

⁷⁰¹ Los ministros que votaron en contra del proyecto fueron: Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González – Salas, Gudiño Pelayo, y Silva Meza.

⁷⁰² Cfr. Amparo en revisión 815/2006, Quejosa: Almidones Mexicanos Sociedad Anónima de Capital Variable, Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo, p. 20.

locales quedan por debajo de la Ley Suprema. Para llegar a este punto, la Corte consideró que las leyes generales no son emitidas *motu proprio* [sic] por el Congreso de la Unión, sino que se originan en cláusulas constitucionales que constriñen al Congreso a dictarlas y que, una vez promulgadas y publicadas, por disposición constitucional deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales. Si el sistema jurídico mexicano reconoce órdenes distintos como el federal, local y municipal, pues las leyes generales inciden en todos ellos, incluso en los órganos que adquieren el carácter de autónomos.⁷⁰³

3. El principio de supremacía constitucional permanece intacto, puesto que a pesar de reconocer la ubicación de las leyes generales y los tratados internacionales como Ley Suprema de toda la Unión en interpretación directa del 133 constitucional, deben estar apegadas a los que la propia Constitución establece.⁷⁰⁴
4. Visión internacionalista dentro de un *mundo globalizado contemporáneo*, expresada en dispersos principios de derecho internacional dentro del texto constitucional. Se afirma en este argumento que la Constitución mexicana tiene una vocación internacionalista, de acuerdo a distintos artículos de la misma que no hacen más que reconocer la incidencia de las normas internacionales en el derecho interno.

Entre otros artículos se refieren expresamente al artículo 3º y la solidaridad internacional, al 89 y los principios de la política exterior mexicana, 15 y los límites que se observan en la celebración de tratados internacionales de extradición, 42 y la incidencia del derecho internacional del mar, así como del propio artículo 133 y la supremacía de los tratados frente a leyes locales y federales.⁷⁰⁵

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, pp. 20–25.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 26.

5. Desde el derecho internacional, en especial de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en sus artículos 27, 46 y 26, en los que se establece la obligatoriedad de las normas internacionales en virtud del *pacta sunt servanda*, existe la prohibición de invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, así como la excepción a esta norma siempre que se violenten otras de carácter fundamental en el derecho interno. También se cita la Carta de San Francisco y su objetivo principal: lograr y mantener la paz y seguridad internacionales.⁷⁰⁶
6. Un análisis de derecho comparado por sistemas jurídicos de todos los continentes demuestran diversas posturas respecto de la ubicación de los tratados internacionales, pero siempre con respeto al derecho internacional.
7. Estos dos últimos argumentos son suficientes para ubicar a los tratados internacionales no sólo por debajo de la Constitución, sino por encima de las leyes generales, pues manifiestan compromisos del Estado mexicano que no pueden desconocerse por normas de derecho interno, so pena de adquirir responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

Este criterio de 2007 confirmó una tesis de 1999,⁷⁰⁷ sin embargo, no se constituyó jurisprudencia debido a que en el Pleno no se alcanzó la votación calificada; así, se continúa en la penumbra jurídica del artículo 133 constitucional. La Corte tampoco se ha pronunciado respecto a la validez de las normas internacionales de fuente no convencional, y además, llega a confusiones cuando utiliza el vocablo *ius cogens*.

Fue en este contexto de vacilación jerárquica del derecho internacional donde aparecieron las sentencias condenatorias al Estado mexicano por la Corte Interamericana e iniciaron un antiguo debate sobre qué hacer con el material jurídico internacional. Surgió la noción de control de convencionalidad judicial y llegó por fin una reforma constitucional, no completa, pero que abrió el camino a nuevas esperanzas, al tiempo que creó otras incertidumbres. Es cierto que se han allanado las barreras para usar en

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁰⁷ *Cfr.* SCJN, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis P.LXXVII/99, p. 46.

procesos directos (amparo) el uso de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, pero para aquellas normas jurídicas, incluso dentro de tratados de derechos humanos pero que no contengan uno de ellos, sigue siendo el criterio de 2007 la decisión judicial de referencia necesaria, aunque no obligatoria.

Así, por ejemplo, si preguntamos qué jerarquía tiene el Tratado de Libre Comercio, según la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la respuesta será: por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes del Congreso de la Unión. En cambio, si preguntamos cuál es la jerarquía del artículo 712.1 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, pareciera que debemos observar el artículo 1 de la Constitución, más que quedarnos en la interpretación del artículo 133 según la SCJN, y si hacemos ese ejercicio, es probable que el resultado demuestre que ese artículo tiene un nivel constitucional, en tanto protector del derecho a la salud.⁷⁰⁸

Es cierto, en todo caso, que la noción de jerarquía en un sistema jurídico es no sólo sugerente sino deseable, pues resuelve muchos problemas en la práctica. La interpretación jurídica es una tarea que llega al momento de aplicar una norma, pero saber qué norma debe ser interpretada puede ser resuelta por un criterio jerárquico. En la medida de lo posible, deberíamos tener claro el derecho aplicable, antes de interpretar y argumentar. Analizaremos ahora la modificación presentada a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

4.3.3.2 LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL.

Aun cuando la jerarquía del derecho internacional no resulta clara ni del texto constitucional ni de la interpretación judicial, el artículo 1 de la reforma constitucional de

⁷⁰⁸ “Artículo 712: Principales derechos y obligaciones. Derecho a adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias
1. Cada una de las Partes podrá, de conformidad con esta sección, adoptar, mantener o aplicar cualquier medida sanitaria o fitosanitaria necesaria para la protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal en su territorio, incluidas una medidas que sea más estrictas que una norma, directriz o recomendación internacional.” Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

diez de junio de 2011,⁷⁰⁹ produce una buena cantidad de comentarios importantes sobre este tema, aunque no son definitorios en toda la estructura jurídica.⁷¹⁰ Dice el artículo 1º. Constitucional (respecto del cual se reformaron los párrafos primero y cuarto, y se adicionaron el segundo y tercero):

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Y con ella se abandona la vieja concepción de garantías individuales para adoptar un término de mayor aceptación ahora en la literatura jurídica latinoamericana e internacional. Según la redacción actual, los derechos humanos se encuentran en la Constitución y en los tratados internacionales. Sin embargo, las personas sólo gozarán de los derechos humanos consagrados en tratados de los que el Estado mexicano sea parte, o sea, de los tratados respecto de los cuales México haya manifestado su consentimiento en obligarse y se encuentren en vigor. Olvida el Constituyente mexicano que los derechos humanos pueden estar también en otras normas internacionales diferentes a los tratados, o que incluso puede obligarse a México a no frustrar el objeto y fin del tratado si

⁷⁰⁹ También podría decirse que los artículos 3, 33, 89- X, entre otros, reciente reformados en la llamada Reforma Constitucional en materia de derechos humanos, tienen incidencia en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sin embargo, para efectos del trabajo presente sólo nos enfocaremos a la reforma del artículo 1º.

⁷¹⁰ En realidad, México ha llegado tarde a las fórmulas ya inscritas en constituciones latinoamericanas con referencia al derecho internacional de los derechos humanos. Pero la manera en que lo ha hecho amplía mucho más su campo de acción, que aquellas en las que hay una referencia específica a los nombres de los tratados internacionales. Al respecto, puede verse: Dulitzky, Ariel, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado" en Abregú, Martín y Courtis, Christian, comps., *cit.*, pp. 33 – 74.

lo ha firmado sin ratificarlo, o si ya existiendo ratificación el tratado no entra en vigor (o sea, cuando no se es Estado parte).

Ahora bien, el artículo 1 de la Constitución no es un artículo de reenvío sobre qué norma debe aplicarse en caso de conflicto. En estricto sentido, no establece una jerarquía constitucional. Sin embargo, si pensamos que las personas gozan de los derechos humanos consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales sí es posible afirmar que los derechos humanos consagrados en tratados pueden ubicarse en el mismo plano jerárquico que las normas constitucionales. El efecto práctico es fundamental, pues las autoridades estarán obligadas a conducirse de acuerdo a esas normas que protegen derechos humanos sin que pueda haber una norma constitucional que lo impida. Ellas mismas forman parte de un criterio rector de nuestro Estado de derecho mexicano.

Al lado de esta nueva construcción del texto constitucional fueron incluidos también dos reformas de importancia fundamental: la manera de interpretar las normas de derechos humanos y la cuádruple obligación estatal de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a esas normas, como consecuencia de una obligación general de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Ahora bien, para no incurrir en confusiones conceptuales, es necesario precisar lo siguiente:

- a. No existe una definición general respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano. El artículo 1º no es un artículo que resuelva conflictos de jerarquía.
- b. En todo caso, el nivel constitucional no lo tienen los tratados internacionales de derechos humanos, sino los derechos humanos consagrados en ellos. Esta precisión permite afirmar que hay derechos humanos, que no están en tratados de esa materia, pero que al contener un derecho del individuo, puede válidamente ubicarse en ese bloque constitucional.

- c. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos (v. g. CADH) no tienen rango constitucional, pues no se hace una distinción expresa en la Constitución. Por lo tanto, en atención a la reciente interpretación de la SCJN (2007), los tratados internacionales (incluidos aquellos de derechos humanos) tendrían un rango infra constitucional, pero supra legal. Esta precisión es útil y práctica: por ejemplo, no se puede alegar que la CADH, artículo 63.1, otorgue un derecho humano a la reparación de las violaciones, justificado en que la Convención Americana tiene un rango constitucional. Esa es una tarea que decide, según sea el caso, la Corte IDH. En cambio, la obligación que tienen las autoridades mexicanas de reparar la violación descansa en el mismo artículo 1º, párrafo tercero.
- d. Permanecen fuera del discurso constitucional, los derechos humanos consagrados en normas internacionales distintas a los tratados internacionales. Por ejemplo, la costumbre internacional o el *ius cogens*. Además, el *ius cogens*, de naturaleza consuetudinaria, no en todos los casos protegen derechos humanos. De hecho, como advertimos la redacción de las normas con ese nivel que reconoció la CDI está hecha en forma de prohibición, y sólo de manera indirecta protege derechos humanos.
- e. Se incorpora un principio de interpretación conforme a tratados internacionales y conforme a la Constitución además de una parte del principio pro persona. La interpretación de una norma es una actividad necesaria para quien la aplique. Como mencionamos al final del capítulo 3, sin embargo, el principio de interpretación conforme cubre en realidad una obligación derivada del derecho internacional; no es opcional para los aplicadores. En cambio, puede utilizarse también la interpretación más amplia en el goce de un derecho, y que servirá mejor cuando exista contradicción entre normas internacionales, o entre éstas y la propia Constitución. Aunque la teoría distingue entre interpretación más amplia y la menos restrictiva, aquí se ha utilizado sólo la vertiente positiva.

Así pues, el debate sobre qué hacer con el derecho internacional, si éste comporta derechos humanos, ha quedado referido de forma expresa en la Constitución. Los efectos serán analizados ahora a partir del concepto de control de convencionalidad.

4.3.3.3 LA “DOCTRINA” DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO FORMA DE REPARACIÓN EN EL CASO RADILLA PACHECO.

Para decirlo breve, sería pretencioso afirmar que lo que ha denominado la Corte IDH como control de convencionalidad sea el resultado de una doctrina bien estructurada.⁷¹¹ Ha sido, en todo caso, el voto razonado de Eduardo Ferrer, cuando fungió como juez *ad hoc* mexicano, quien sistematizó la noción de control de convencionalidad y en el que ha utilizado, primordialmente, nociones de derecho constitucional, y no de derecho internacional.⁷¹² Que así sea, se justifica en que la Corte Interamericana pareciera que se ha vuelto un tribunal con características cercanas a un órgano supranacional y, por tanto, de corte constitucional más que internacional. Sin embargo, no obstante ese camino puede recorrerse, la Corte ha sido creada para que, subsidiariamente a las jurisdicciones

⁷¹¹ En realidad, ha sido en el *Caso Almonacid Arellano y otros* donde dijo: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Y luego, en una técnica poco usual en sentencias internacionales, la Corte IDH ha cortado y pegado prácticamente el mismo párrafo y lo ha reproducido en ya numerosas sentencias, quitando la frase “una especie de”. *Cfr.* (sin contar la sentencias contra México) Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano...*, *op. cit.*, párr. 124. Corte IDH, *Caso La Cantuta vs Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párr. 173; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; CORTE IDH, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párr. 78; Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180; Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63. Por último, como ya mencionamos, en el Caso Gelman afirmó que el control de convencionalidad debe hacerse por los órganos del Estado, incluidos los jueces.

⁷¹² Voto razonado del juez *ad hoc*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte IDH, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220. También aparece íntegramente publicado bajo el título “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIV, No. 131, pp. 917 – 967.

nacionales, pueda revisar el cumplimiento de la Convención Americana, y de algunos otros instrumentos que le otorgan expresa competencia.

En el Caso Radilla Pacheco, el órgano jurisdiccional interamericano escogió el camino de las reparaciones para obligar a los poderes judiciales de varios Estados, criterio reiterado en ya varias sentencias, a ejercer un control de la CADH. Esta ha sido una decisión basada en su margen de discrecionalidad para determinar reparaciones, y por lo cual debe ser generosamente reconocida. Es claro que no se pueden reparar de la misma manera todas las violaciones a los derechos humanos. La Corte en eso mantiene un amplio margen autorizado por el párrafo 1 del artículo 63.1, a diferencia de lo que puede hacer el TEDH.⁷¹³ De ese artículo es claro que además de la indemnización la Corte puede establecer otras formas de reparación respecto de la “medida o la situación” que haya provocado la violación.

Sin embargo es aquí, en las reparaciones, donde la Corte no ha soportado sus decisiones con toda la seguridad jurídica que se requiere. Si bien los términos del artículo 63 son amplios, valdría que la Corte se detuviera y reflexionara de una manera mucho más sesuda aquellas decisiones que caen directamente en el dominio de los Estados. La Corte IDH no puede hacer todo aquello que desee, por dos razones fundamentales: sus sentencias son obligatorias, de ahí que si no se cumplen, pierde fuerza su propia función; cambiar o no una constitución es una decisión de los ciudadanos de cada Estado, no de un tribunal subsidiario. No es democrático, bajo ninguna circunstancia, permitir que un tribunal (o cualquier otra organización internacional que no tenga funciones de integración) asuma una función para la que no ha sido creado, y para lo cual no se encuentra legitimado.⁷¹⁴

⁷¹³ “Artículo 63 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷¹⁴ Véase la posición de Bogdandy al respecto en: Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público...*, *cit.*, pp. 304 – 305.

La legitimación que tiene es la de resolver controversias a partir de los textos que le dan competencia. Cualquier otra circunstancia está fuera de su originaria legitimación. Desde el punto de vista teórico jurídico, esta posibilidad de reparación se encuentra ubicada dentro de la discrecionalidad del órgano judicial. Pero al hacerlo, no debe olvidar sus límites. El peligro es la arbitrariedad. De ahí que, en última instancia, debe justificar sus decisiones.

Así pues, en el Caso Radilla Pacheco determinó la violación general al artículo 2 del Pacto de San José,⁷¹⁵ luego, amplió el significado de la frase “disposiciones de derecho interno”, contenida en el artículo mencionado, para incluir a “cualquier práctica estatal”, lo que comprende a la aplicación e interpretación de las normas como una actividad propia de los órganos jurisdiccionales. Entonces, identificó que la reparación a la violación al artículo 2 es el control de convencionalidad. Lo que le ordena a los jueces mexicanos es que, en el ámbito de su competencia, deben verificar que las autoridades se adecuen a los preceptos establecidos en la Convención, y además agrega que, al realizar esta tarea, debe considerarse no solamente el texto de la propia Convención, sino también la interpretación que la Corte ha hecho de ella.⁷¹⁶

El párrafo 339 de la sentencia Radilla se ha vuelto célebre en los análisis de control de convencionalidad:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en

⁷¹⁵ “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 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.”

⁷¹⁶ En los casos contra México, pueden verse: Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339 – 342; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrs. 235 – 239; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otras vs. Estado Unidos Mexicanos*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párrs. 218 – 222; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 225.

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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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.⁷¹⁷

A partir del control de convencionalidad se vigila que los Estados cumplan con el contenido de los tratados internacionales, especialmente, en el caso de la Corte Interamericana, con la CADH. En realidad, dicho control ya había sido planteado por teóricos europeos mientras se consolidaba la protección de derechos humanos en el seno del Consejo de Europa, bajo el sistema del Convenio Europeo.⁷¹⁸

Ahora bien, no obstante que la Corte Interamericana ha preferido el camino de las reparaciones, los tratados internacionales son obligatorios para los Estados siempre que los firmen y/o ratifiquen, y, por tanto, sus jueces, así como todas las autoridades del Estado, están obligados a actuar conforme al derecho internacional. De lo contrario, el Estado podría situarse en el supuesto de violar una norma, y siendo imputable a él, incurriría en responsabilidad internacional.⁷¹⁹

⁷¹⁷ La Corte IDH utiliza de manera imprecisa el término ratificación según la Convención de Viena, pues en realidad, un Estado puede obligarse a un tratado a través de la firma, o por el canje de instrumentos que constituyan la aceptación, la aprobación, la ratificación o la adhesión (artículos 11 al 16 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Es mejor que la Corte utilice la forma genérica: Estado parte (un Estado que ha expresado su consentimiento en obligarse al tratado y respecto del cual está en vigor, artículo 2.,g))

⁷¹⁸ Destaca, entre todos, Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 215 – 242.

⁷¹⁹ La regla general, contenida en el artículo 4 del *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Texto adoptado por la CDI en 2001, y sometido a la Asamblea General en la sesión A/56/10) establece: Conduct of organs of a State 1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Aquí debe hacerse una precisión: la obligación del Estado mexicano de actuar conforme a normas internacionales no se origina por la decisión de un tribunal internacional, sino por la expresión de la voluntad de crear una norma, establecida en un tratado internacional.⁷²⁰ Esto significa que el problema planteado de si los jueces nacionales están obligados a controlar la Convención por orden de otra Corte, en este caso la Interamericana, no es en realidad un problema. Los jueces están obligados. Insistimos: no por dicho de la Corte Interamericana, sino por la voluntad expresa del Estado mexicano (su representante) al adherirse a la CADH.

Pero sí seguimos este criterio, entonces se debe aplicar en todos los casos en los que se esté frente a una norma de carácter internacional, independientemente de que sea una norma de derechos humanos o no. Y los jueces volverán a revisar la actuación de las autoridades con base en el derecho internacional, que es en realidad, un derecho interno de fuente internacional.

Hay dos situaciones derivadas de los párrafos 339 y 340 que deberían ser tratadas con mucho más cuidado: la noción de “intérprete última de la Convención” y la cuestión de los efectos de las sentencias. Respecto de la primera, la Corte IDH tiene razón: si hemos dicho que un Estado se obliga a cumplir con sus obligaciones internacionales, y al mismo tiempo crea un órgano judicial que vigila la aplicación y la interpretación de un determinado instrumento internacional, no debe existir problema en afirmar que la referencia final, respecto de una controversia, la tiene el órgano subsidiario internacional. Es esa su función.

Ahora bien, respecto de la segunda cuestión, la Corte sostiene en el párrafo 340 de la sentencia que “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso”; y junto con la parte final del párrafo 339, puede hablarse de un control de convencionalidad ampliado que incluiría el texto de la

⁷²⁰ Cfr. Martín Rodríguez Pablo J., *op. cit.*, p. 24.

Convención, pero también su jurisprudencia. Tal como intentamos demostrar cuando analizamos la Opinión Consultiva no. 20, la Corte Interamericana en ocasiones crea nuevos textos que no se encuentran en la Convención. Ella misma afirma que había un silencio respecto de la posición de un juez nacional del Estado demandado. El resultado de ello es la creación de una norma que no estaba en la Convención. Esto significa que hay dos textos: el convencional, y el judicial. El control de convencionalidad restringido debe observar el texto convencional; el ampliado debe incluir, además, la jurisprudencia de la Corte.

Este contexto ha merecido un pronunciamiento de la Suprema Corte mexicana, y su análisis lo dejaremos para el final de este capítulo.

4.3.3.4 LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CASO RADILLA PACHECO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la primera resolución del *Expediente Varios 912/2010*, en septiembre de 2010,⁷²¹ resolvió que efectivamente puede analizar la posibilidad de que la sentencia Radilla Pacheco le genere obligaciones al Poder Judicial de la Federación. Diez meses más tarde, en julio de 2011, se resolvió por fin el fondo del citado Expediente. Revisaremos algunos de los pronunciamientos que son de utilidad para el análisis de la sentencia Radilla Pacheco.

No tiene inconveniente, primero, en afirmar que las sentencias de la Corte IDH constituyen cosa juzgada para las partes en el proceso. Esto significa, que la SCJN no puede revisar o cuestionar la validez de la sentencia, pues ha sido el Estado mexicano quien voluntariamente ha aceptado la competencia de un órgano judicial internacional. Pero respecto del carácter de las sentencias en donde México no es parte en el proceso, tendrán carácter de criterios orientadores y considerará, en todo caso, lo expuesto por la última parte del segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución, respecto de la interpretación más favorable. Lo que quiere decir la SCJN es que quizá la Corte IDH no

⁷²¹ Cfr. SCJN, Expediente Varios 912/2010, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

tiene la mejor interpretación respecto de un precepto de la Convención, lo que permitirá incluso ir más allá de lo que ella diga.⁷²²

Ahora bien, derivado del párrafo 339 de la sentencia Radilla Pacheco, la Corte afirmó, por mayoría de 7 a 3, que el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH. Pero el mayor mérito de la SCJN fue establecer un modelo efectivo de control de convencionalidad, y que no lo encierra a la norma convencional interamericana, sino a la fórmula consagrada en la Constitución. De esta manera, mientras que para la Corte IDH el control de convencionalidad se ejerce respecto de la CADH, para la SCJN se ejerce respecto de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Este es un magnífico acierto de la Corte mexicana que, sin embargo, arrastra los silencios del texto constitucional que ya expusimos, o sea no se ejerce ese tipo de control respecto de normas consuetudinarias, *ius cogens*, u otras, aun cuando contemplen derechos humanos.

La SCJN clarifica además el modelo que se usará para ejercer dicho control y sus consecuencias o efectos. Si la Corte IDH ejerce un control de la Convención, mientras que los jueces nacionales también tienen la obligación de hacerlo, entonces puede verse un control difuso de la Convención Americana. Evidentemente, en razón de la subsidiariedad, solo llegarán a la última instancia aquellos casos en donde el control de convencionalidad interno no se realice, o incluso al hacerse, no se logre el fin deseado. La Corte IDH podrá confirmarlo o rechazarlo.

En México, en cambio, los jueces sean locales o federales, ya administrativos, ya judiciales, podrán controlar la Convención Americana, y determinar la desaplicación de la norma que le sea contraria. Además, podrán inaplicar⁷²³ una norma cuando sea contraria a la CPEUM, e incluso a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y, en aquellos casos en donde los jueces tengan competencia para hacerlo, establecer la inconstitucionalidad de una norma. La literatura

⁷²² *Ibidem*, párrs. 15 – 21.

⁷²³ El verbo inaplicar no existe en la lengua española. De ahí que se deba usar el verbo desaplicar para referirnos a la acción de quitar aplicación.

constitucional puede perfectamente distinguir entre los efectos del control constitucional que no debe confundirse con el control de la convencionalidad.⁷²⁴ En México, aquél lo realizan solo los órganos judiciales constitucionalmente autorizados pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, mientras que el segundo lo pueden realizar todas las autoridades con funciones judiciales.

Puede entonces decirse que para la SCJN el control de convencionalidad está ligado a la posibilidad de dejar de aplicar una norma para preferir otra, situación que no había sido propuesta por la Corte IDH. En efecto, la SCJN fue mucho más allá de lo que la propia Corte Interamericana establecía, pues obliga a todos los jueces mexicanos a ejercer control de convencionalidad de todos los derechos humanos que se encuentren consagrados en tratados internacionales y no sólo de la Convención Americana.⁷²⁵

En atención al párrafo 2, del artículo 1 de la Constitución, se determinó que todas las autoridades que no ejercen funciones judiciales podrán interpretar las normas de derechos humanos de la manera que más favorezcan en su goce y ejercicio a las personas físicas.

Por tanto, desde una visión internacional, todas las autoridades, en el marco de sus competencias, podrán utilizar el derecho internacional que le sea obligatorio a México para su actuación. Así, por ejemplo, las comisiones de derechos humanos, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, un presidente municipal, la Cámara de Diputados, etcétera. El derecho internacional es, de esta forma, un derecho aplicable, y como tal, puede, en un amplio sentido, controlar la actuación de los órganos estatales. Lo cierto es que ninguno de estos órganos podrá desaplicar una norma interna para preferir aquella del derecho internacional.

⁷²⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 339 – 429.

⁷²⁵ El problema de seguir de manera precisa lo que dice la SCJN es que ha dejado fuera a la Cámara de Senadores, cuando se erige en jurado de sentencia, según el artículo 110 constitucional. En tal circunstancia, el órgano del Congreso de la Unión cumple una función jurisdiccional, además, en única instancia y de forma definitiva. Pero en tal caso, dado que el derecho internacional es obligatorio, la Cámara de Senadores podrá y deberá utilizarlo.

4.3.3.5 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA FUNCIÓN JUDICIAL INTERAMERICANA.

No puede negarse el efecto revolucionador de las sentencias internacionales en contra del Estado mexicano en el marco jurídico, como tampoco puede hacerse respecto de la inquietud de saber cómo y por qué funciona de una determinada manera el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, debemos insistir en esto: el derecho internacional de los derechos humanos descansa en instituciones y estructura del derecho internacional general. El hecho de que sea un régimen autónomo de éste, no significa que debe actuar al margen o en contra de él.

Por otro lado, no obstante el mérito creciente de la Corte Interamericana de ejercer un control respecto de los actos de los Estados, todo lo que dice del control de convencionalidad no es sino reafirmar o asumir una postura respecto de la frontera, prácticamente desaparecida, entre el derecho internacional y el derecho interno.

Visto en conjunto las posiciones de la Corte Interamericana, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y los avances de la reforma constitucional, marcaremos algunas debilidades y retos para la función del jurista en México:

El control de convencionalidad como forma de reparación. El control de convencionalidad no es una forma de reparar violaciones a una norma internacional. Es una obligación insoslayable de los órganos estatales derivado del propio consentimiento del Estado en obligarse a una convención. Si esto es cierto, nuestras autoridades, y no solo nuestros jueces, están obligados a mirar los tratados internacionales y ejercer un control sobre la conducta de las autoridades. De esta forma, la Corte Interamericana no crea una doctrina respecto de lo que cada Estado debería hacer con base en el principio de la buena fe que rige las relaciones internacionales, sino que continúa una larga tradición de la regla consuetudinaria y convencional: *pacta sunt servanda*.

El control de convencionalidad sobre el *corpus iuris* y la división académica de los tratados de derechos humanos. En opinión de Antônio Cançado Trindade, el control de convencionalidad debería extenderse al *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Y así volvemos a un problema inicial: determinar el derecho internacional de los derechos humanos. La respuesta no puede ser precisa, pues no obstante puede ser identificada una serie de instituciones dentro de ese régimen autónomo, hay también un conjunto de cruces normativos, judiciales, institucionales, que no es posible establecer un límite preciso. Decir que se realizar un control de convencionalidad sobre el *corpus iuris* internacional refiere un conjunto amorfo, incontable, inmensurable de normas jurídicas.

Es mejor hablar de un criterio de identificación del derecho y de preferencia o jerarquía: ante cualquier dificultad, teórica y práctica, debe preferirse la norma que otorgue mayor beneficio al individuo.

Pero si no utilizamos este camino y seguimos en la noción del control del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, entonces, tendríamos que contestar preguntas que pueden parecer ociosas, como si la Carta de San Francisco es un tratado de derechos humanos. Y, efectivamente, no es una norma típica de derechos humanos, pero establece la promoción de los derechos fundamentales como un principio de la Organización de las Naciones Unidas.⁷²⁶

O también ¿sólo las normas de derecho humanos protegen al individuo? La respuesta también debiera ser precisa. Antes de toda la explosión convencional y jurisdiccional de los derechos humanos, cuando Kelsen respondió al argumento de Anzilotti, justificaba que el derecho, en cualquiera de sus ramas, es un producto para el ser humano, aun cuando lo sea de manera indirecta. Así justificaba Kelsen el monismo

⁷²⁶ Cfr. Artículo 2 de la Carta de la ONU.

jurídico. O también Scelle afirmaba que la comunidad internacional estaba compuesta sólo por individuos.⁷²⁷

El derecho internacional como derecho aplicable (una cultura de uso del derecho internacional). En abstracto, y en relación con lo que hemos dicho en el párrafo anterior, el control de convencionalidad no solo debe ejercerse respecto de la Convención Americana, sino de todos los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. E incluso cuando no lo sea, siempre que haya firmado, o que haya ratificado pero no entre en vigor, un juez puede utilizar un tratado, para exigir o controlar que no se frustre el objeto o el fin.

La posibilidad de que los jueces nacionales utilicen el derecho internacional no es una novedad en el discurso jurídico, pues es una norma jurídica interna que, de fuente internacional, puede ser utilizada por las autoridades de un Estado.⁷²⁸ Así, por ejemplo, se ejerce control de convencionalidad, en la medida que se interpreta el tratado por jueces nacionales, respecto de la *Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, etcétera. En este caso, el derecho internacional es un derecho aplicable, si bien los jueces no podrán desaplicar una norma para preferir esta. De ahí que el conflicto entre derecho internacional y derecho interno, no está debidamente resuelto.

El control de convencionalidad, que supone la exigencia de que los jueces de un Estado confronten la actuación de las autoridades conforme a la Convención de que se trate, es en realidad, un mandato natural, pues no sólo los jueces, sino todas las autoridades deben velar por el respeto de las normas jurídicas que pertenecen al orden

⁷²⁷ Koskenniemi, Martti, *El discreto civilizador...*, cit, p. 316 – 320. Cfr. Scelle, Georges, “Théorie du gouvernement international”, *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1935, pp. 42 – 44. Decía Scelle que “Les rapports inter-individuels constituent la matière même de la sociabilité internationale et, sans eux, les institutions du Droit international public ne se concevraient même pas.” Scelle, Georges, *Manuel de droit international public*, cit., p. 511. También, con mayor claridad en Scelle, Georges. *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Recueil Sirey, 1932, p. 42.

⁷²⁸ “... les autorités instituées par le droit interne, soit administratives soit judiciaires, se trouveront, le cas échéant, devant la nécessité d’interpréter le traité.” Erlich, Ludwik, “L’interprétation des traités” *RCADI*, Vol. IV, Tomo 24, 1929, p. 9.

jurídico. Finalmente, en el Estado de Derecho, las autoridades se someten al imperio de las normas jurídicas.⁷²⁹ En realidad, el apego a las obligaciones internacionales es una obligación de las autoridades mexicanas, y que, puede ser, en virtud del principio de separación de poderes, controlado por vía judicial.

¿Qué hacer con el otro derecho internacional? El control de convencionalidad planteado por la Corte Interamericana, y ampliado por la Suprema Corte, según la redacción del artículo 1 de la Constitución, deja fuera todo el derecho internacional que no está recogido en el término tratado, o convención (o pacto, o acuerdo, o cualquiera que sea su denominación siempre que se ajuste a lo establecido por la Convención de Viena de 1969). Por ejemplo, ni del texto constitucional, ni de las sentencias de la Corte Interamericana, ni de las interpretaciones constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, puede desprenderse el modo de utilizar a la costumbre internacional, a los principios generales del derecho, a los actos unilaterales de los Estados, a las sentencias internacionales, a las decisiones del Consejo de Seguridad, al *ius cogens*, etcétera. Como advertimos, el Estado mexicano está obligado a la costumbre internacional, o a aplicar una decisión del Consejo de Seguridad; no hace falta una ley que nos lo diga, ni que clarifique si el obligado es el Congreso de la Unión, el juez de lo familiar en Villahermosa, o presidente municipal de Iguala. La obligación de actuar conforme al derecho internacional recae sobre los órganos del Estado.⁷³⁰

Esta es, además, una de las deficiencias de nuestro texto constitucional que no pudo ser subsanada en la reforma de derechos humanos. Debe sustituirse “... en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”, por “... en normas de derecho internacional”. Nuestros jueces, federales o locales, no tendrán ninguna justificación para acudir al derecho internacional y hacerlo cumplir.

⁷²⁹ Cfr. Abregú, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción” en Abregú, Martín y Courtis, Christian, comps., *cit.*, pp. 3 – 11.

⁷³⁰ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 7, 2007, p. 316.

Debe además considerarse que las normas *ius cogens* enunciadas por la CDI y algunas reafirmadas por la CIJ, las enuncian en sentido negativo, o sea: prohibición de la tortura o prohibición del apartheid. Y existe un *ius cogens* que no protege derechos humanos sino derechos de los Estados: como la prohibición del uso agresivo de la fuerza o el derecho de legítima defensa.⁷³¹

El principio de subsidiariedad de las cortes internacionales. La función de la Corte Interamericana debe seguir siendo subsidiaria. En sociedades democráticas, son los órganos del Estado, elegidos por los ciudadanos quienes deben construir una cultura por los derechos humanos. Es más, son los individuos quienes deben y pueden edificar mejor una cultura de derechos humanos. La instancia internacional es complementaria, y solo opera en la medida que el Estado falla. No puede construirse un derecho común a partir de la función judicial. La propia Corte Interamericana ha reconocido que está inserta dentro del derecho internacional general, y que es ese su margen de actuación.⁷³²

El respeto al previo agotamiento de recursos internos es una señal inequívoca que no estamos frente a un tribunal transnacional sino todavía aun tribunal internacional, aun cuando operen excepciones que han permitido un acceso directo a las instancias internacionales.

El efecto de cosa juzgada y los criterios orientadores. Las decisiones de la Corte Interamericana, por la propia naturaleza de la función judicial, deben ser criterios orientadores para casos futuros. Tiene efecto de cosa juzgada entre las partes y, cuando pueda válidamente construirse un consenso entre los Estados parte, puede hablarse de estándar mínimo, o de cosa interpretada. Ahora bien, cuando se piensa en la naturaleza de la función judicial se tiene en mente que su esencia no es crear derecho, no es legislar, sino interpretar y aplicar; adjudicar a partir del derecho, resolver una controversia. La

⁷³¹ Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación, *op. cit.*, párr. 374.

⁷³² “Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención ...” Corte IDH, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, No. 30, párr. 94.

jurisprudencia sigue siendo una fuente auxiliar del derecho internacional que ayuda a identificar una norma convencional o consuetudinaria.⁷³³ No puede, a través de la función judicial, crearse un nuevo texto de la Convención. La interpretación del derecho no es un pretexto para crear un nuevo derecho. Lo contrario es activismo judicial exacerbado.⁷³⁴

Así, cuando se resuelve una controversia, se entiende que es cosa juzgada, y por tanto obligatoria para las partes.⁷³⁵ Al mismo tiempo, debe ser una referencia de interpretación. Pero ésta no puede ser nunca definitiva porque se interpreta la norma según el caso que se resuelve. Tal como vimos al aplicarse el juicio de proporcionalidad como forma de solución de conflictos entre normas que contienen derechos, el resultado puede variar en dos casos, según sea el peso de un derecho o de una restricción. De hecho, una de las mayores críticas al juicio de proporcionalidad es precisamente el relativismo de su aplicación, pues resulta extremadamente difícil que, en conflicto de derechos, el resultado sea el mismo en todos los supuestos o asuntos futuros. Y ahí, como los jueces tienen parámetros amplios de actuación se le niega el carácter de racional a dicho juicio para ingresarlo como un método subjetivo de adjudicación en el discurso de los derechos humanos.⁷³⁶

De la cosa juzgada puede pasarse a la cosa interpretada. Pero esta no puede ser definitiva, sino al mismo tiempo se dice que las normas jurídicas no pueden permanecer estáticas. Si precisamente el juicio de proporcionalidad, ya utilizado en el Caso Kimel y basado en particularidades de cada caso, es una muestra de la flexibilidad del discurso de los derechos humanos, no puede pretenderse que sea aplicable de manera contundente en todas las situaciones. Bien sería que, al respecto, la Corte IDH planteara de mejor

⁷³³ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, Opinión concurrente de Juez Eduardo Vío Grossi, p. 5.

⁷³⁴ Cfr. Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Ambos, Kai, *et. al.* (editores), *op. cit.*, pp. 27 – 28.

⁷³⁵ En las sentencias internacionales, se ha adoptado la fórmula de cosa juzgada "*inter partes*" y de cosa interpretada "*erga omnes*", para establecer que, en materia de derechos humanos, la sentencia vincula a las partes, pero en tanto interpretación de un tratado internacional, el valor es frente a los Estados parte del convenio. Cfr. Carrillo Salcedo, José Antonio. *El convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 53 y ss.

⁷³⁶ Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 194 – 199.

forma su posición respecto de qué casos su jurisprudencia constituye además de cosa juzgada, una cosa interpretada definitiva.

Ahora bien, para que la cosa interpretada tenga efecto erga omnes, hacen falta decisiones reiteradas. Así han quedado claramente establecidos en el caso europeo, donde quedó expresada la categoría de “cosa interpretada” (más que de cosa juzgada), y que permite a los Comités resolver con base en jurisprudencia constante de la Corte. En el Protocolo no. 14, debido al colapso y al retraso en el trámite de las demandas ante la Corte, se adoptó un sistema que otorga un valor fundamental al precedente judicial. La jurisprudencia constante en el mismo sentido de la Corte forma un criterio no sólo orientador sino definitivo en la solución de los casos siguientes. Ahora bien, cuando no se advierta que existe tal jurisprudencia, entonces el caso debe ser resuelto por la Sala y, en última instancia, por la Gran Sala.

También el concepto de “cosa interpretada” permite una discusión sobre si los Estados están obligados a seguir ese criterio como parte del texto del Convenio, y aunque esto todavía no puede ser ampliamente consensado, el hecho de que un Comité resuelva así, debe ser entendido que la interpretación se vuelve obligatoria para los 47 Estados del Consejo de Europa. Sin embargo, el camino para llegar ahí fue la creación de un Protocolo Adicional de enmienda que modifica directamente el Convenio. No fue en este caso una creación pretoriana, sino un consenso de la voluntad estatal.⁷³⁷

Desde el derecho internacional, una sentencia dictada por un órgano judicial internacional solamente genera efectos para las partes en el proceso y al mismo tiempo es una fuente auxiliar del derecho. Lo son incluso las decisiones del derecho interno si en esa medida esclarecen una costumbre o convenio internacionales.⁷³⁸

⁷³⁷ Sobre el efecto de la “cosa interpretada” y la vinculación como si se tratara de un sistema constitucional, ver a García Roca, *El margen de apreciación... cit.*, pp. 82 – 85.

⁷³⁸ La fórmula, que apareció también en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional bajo el mismo numeral, tiene su más antiguo antecedente en el artículo 56 de la Primera Conferencia de la Haya de 1989 (“The award is only binding on the parties in dispute who concluded the *compromis*”, y en el artículo 84 de la Primera Conferencia de la Haya de 1907 (The award is not binding except on the parties in dispute.”).

La función nomofiláctica de la Corte. Respecto de la Corte IDH podemos decir, sin equivocarnos, que gracias a su activismo tenemos hoy un órgano judicial regional importante, garante de un instrumento internacional que vio la luz en medio de dictaduras y violaciones masivas de derechos humanos. Frente a Estados dictatoriales, la Corte IDH mantuvo como principio rector de su conducta la defensa de los derechos de las personas físicas. Así ha contribuido a una cultura de protección y promoción de los derechos humanos. Sus razonamientos y sus decisiones se han convertido en referencias necesarias y en estudio de los profesores y estudiantes universitarios. Su apertura al *amicus curiae* permite que la sociedad civil organizada o a título individual acuda y sea escuchada. Sus sentencias son utilizadas por los jueces nacionales y sus criterios en materia de reparación son seguidos por instituciones internacionales.

La Corte sigue siendo un órgano judicial profundamente limitado: en cuanto a la duración de sus sesiones, al presupuesto que maneja, al número que la integran, a la discrecionalidad absoluta con que está investida desde su diseño institucional. De ahí que sea momento de un replanteamiento serio de su función pues en la historia de las instituciones jurídicas, la función judicial, por sí sola, no ha sido capaz de mover fatalmente a los poderosos. Se necesita de mucho más, de límites claros a su función al tiempo que una exigencia estatal de fortalecimiento al sistema judicial interamericano.

La Real Academia Española, en su versión más reciente del Diccionario de la Lengua Española, admitió la siguiente definición de nomofiláctica: “Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso.”⁷³⁹ Parece bien aplicado a la Corte IDH y su función de intérprete de la CADH. Pero no debe olvidarse que la Corte va en contra de su función original, y una modificación a ella puede ser bienvenida, o puede ser la causa que desborde el sistema.

⁷³⁹ Aparecerá publicado en la 23ª. Edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=nomofil%C3%A1ctica> última consulta: 27 de julio de 2012.

CAPÍTULO V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL NUEVO PANAMERICANISMO

A PARTIR DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

El objeto de estudio de esta investigación es, principalmente, la función judicial internacional en materia de derechos humanos. Supone, por tanto, revisar el camino del derecho internacional para llegar al derecho internacional de los derechos humanos, y luego, asentados ahí, desvelar la actividad judicial como centro de la construcción de un derecho regional de derechos humanos, a partir de las diferencias entre americanos y europeos.

Por eso, la conclusión de lo que hemos expuesto puede registrarse en los siguientes rubros: el derecho internacional general y el derecho regional de los derechos humanos; la justicia constitucional, “el gobierno de los jueces” y la ruta hacia un nuevo modelo democrático regional; y un nuevo panamericanismo a partir de la función judicial.

5.1 EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL DERECHO REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Una radiografía de la comunidad internacional actual está marcada por una fragmentación del derecho internacional que, en su máxima expresión, ha creado órganos judiciales especializados en uno de los regímenes autónomos con los que cuenta el derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos. Éste, presenta principalmente dos grandes divisiones: el sistema universal y los sistemas regionales. En el primero no hay órganos judiciales, en cambio, los segundos cuentan a las cortes europea, interamericana y africana.

En la prolija e inevitable actividad de estos órganos judiciales (principalmente la europea e interamericana) se encuentra el interés de este trabajo para demostrar cómo la función judicial ha fortalecido la protección de los derechos humanos a nivel continental. Esto, sin embargo, no es un pretexto para que su función salga dentro del marco general del derecho internacional que, por cierto, todavía descansa en la voluntad estatal como punto generador del orden normativo.

La mayor herramienta de esta labor ha sido la interpretación y la adjudicación. De ahí que hemos dedicado los dos últimos capítulos a evidenciar el marco de referencia de la actividad judicial desde la óptica del derecho internacional, hasta la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos. Al final, tratamos de demostrar que el derecho internacional de los derechos humanos y la fragmentación del derecho internacional no son una reinterpretación contemporánea de la Edad Media y sus feudos. Los “derechos internacionales” o regímenes autónomos no constituyen elementos territoriales aislados, sino pertenecientes a una misma comunidad, a veces universal, a veces regional. Los tribunales y sus jueces no son los señores feudales, porque no hay bienes exclusivos que luego tengan que darse bajo un pacto de fidelidad. Puede asegurarse entonces que ni el regionalismo ni la especialización son justificaciones para abandonar el marco de referencia del derecho internacional. Son solamente, bajo determinadas circunstancias, criterios de preferencia frente a lo general.

Dentro de ese derecho común regional en la protección de derechos humanos hemos enfatizado la labor del sistema interamericano como referencia de un *ius commune* americano.

Es este derecho continental americano, al cual ya se había referido Álvarez, como un derecho especial para América debido a las características políticas, de origen y ambientales, no soportó las críticas que, aun cuando admitían esas diferencias, no justificaban la existencia de un derecho distinto al europeo.⁷⁴⁰ En otros continentes el derecho internacional eurocéntrico era aceptado voluntariamente, o si no, era impuesto por la fuerza; en cambio, en América, a inicios del siglo XIX la situación era distinta.

Ese pretendido derecho internacional americano marcó su origen con la Declaración Monroe, en la que historiadores y juristas debaten si constituye o no una posición latinoamericana. Contrario a lo que se piensa, la Doctrina Monroe no constituía

⁷⁴⁰ En realidad, quien habló primero del panamericanismo fue Alcorta. Cfr. Cereti, Carlo, *Panamericanismo e Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè, 1939, pp. 118 – 119; Álvarez, Alejandro, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1944, p. 11.

una posición generalizada, menos aún absoluta, de todos los Estados americanos. Entonces el fervor latinoamericano sobre tal Doctrina es opuesto: por un lado puede decirse que todo el continente elevaba sus fronteras y se unía para hacer frente a una posible invasión europea. La otra postura ve en ella el incipiente deseo imperial de Estados Unidos de América frente a la América Latina. En realidad, constituye un principio de la política exterior de los Estados Unidos de América, en 1823 bajo la presidencia del Presidente Monroe, que pensando en la posición inglesa, vio en la invasión francesa y restauración Borbónica en España, una posibilidad de extensión del brazo napoleónico, que finalmente fracasó. Del célebre discurso del Presidente Monroe puede decirse que la Doctrina tenía como principales postulados:

- Que España no tenía mayor esperanza de recuperar sus colonias.
- No sería una posición amistosa el intento de cualquier potencia europea de apropiarse de los pueblos independientes.
- La libertad del continente americano no estará nunca más limitada a la colonización europea.

Luego, el artículo 21 del Pacto de la Sociedad de Naciones establecía que las “inteligencias regionales, como la Doctrina Monroe...” no eran incompatibles con el objeto del mismo Pacto. Sin embargo, las posiciones latinoamericanas no fueron unánimes ante ello.⁷⁴¹ Si bien existe una clara referencia a lo que después en la Carta de San Francisco se denominó acuerdos regionales, la Doctrina Monroe no constituía una inteligencia regional.⁷⁴²

Las posiciones de Honduras, El Salvador y Costa Rica demostraron que no había un consenso en referirse a la Doctrina Monroe como una creación latinoamericana, sino como un principio de política exterior. Por ejemplo, México, consciente de la posición que

⁷⁴¹ Cereti, Carlo, *op. cit.*, pp. 178 – 185.

⁷⁴² Álvarez, en cambio, sostiene que tal Doctrina no es solamente una postura del gobierno de Estados Unidos, sino también la de Estados del Nuevo Mundo. Cfr. Álvarez, *La reconstrucción del derecho de gentes...*, *cit.*, pp. 11 – 12, 287 – 288.

Carranza había hecho de la Doctrina Monroe como una violación a la soberanía nacional, interpuso una reserva al artículo 21 del Pacto, pues destacó que no aceptaba y nunca había aceptado tal proposición como cierta. En efecto, no obstante México no perteneció al grupo de Estados firmantes o invitados del Pacto, considerado entonces como un paria diplomática, en la década de los 30, fue invitado por Italia, y después de un titubeo, ingresó a la Liga con esa reserva hecha.⁷⁴³

De cualquier forma, una nueva referencia al derecho internacional americano, que es visto desde las instituciones de derechos humanos, no son justificaciones para salirse del marco del derecho internacional general. Sino una razón para encontrar elementos comunes del pueblo latinoamericano, dentro de los parámetros del discurso jurídico.

Esto significa que al mismo tiempo en el que las instituciones (principalmente la judicial) interamericana construye un mejor derecho a partir de su prudente actividad, los Estados no pueden seguir construyendo sus relaciones internacionales anclados en una postura recalcitrante de la soberanía, sobre todo cuando se trata de establecer valores comunes. Los derechos humanos son un factor que busca más una unión regional que una unión universal.

Es en esta aproximación donde surge el *ius commune* americano como un factor de comunidad, esto es, una especie de *ius gentium* americano. En América, la apuesta es demostrar que necesitamos construir un derecho que aborde nuestras circunstancias y que luego, al final instrumento, los recoja y los haga cumplir.

El juez interamericano no tiene opción: manejar con cautela aquellas instituciones que derivan del derecho internacional y asumir, a partir de una argumentación construida desde el discurso jurídico, una postura en referencia a su comunidad: el continente americano.

⁷⁴³ Destaca por mucho la posición de Fabela respecto de la Doctrina Monroe. Cfr. Serrano, Migallón, Fernando, *Con certera visión: Isidro Fabela y su tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 54 – 55; 89 – 96.

5.2 DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL HACIA EL “GOBIERNO DE LOS JUECES” INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES SOBRE EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO INTERAMERICANO.

El auge específico de la Corte Interamericana en las discusiones jurídicas nacionales, tiene dos consecuencias evidentes: por un lado, la construcción de un derecho judicial de referencia obligada; y por otro, la reinterpretación del derecho y la política a partir del papel que juega un órgano judicial internacional. Una combinación de ellas nos posiciona muy cercanos a la noción del gobierno de los jueces.

Los artículos 34 del Convenio Europeo, 44 y 62.3 de la Convención Americana no crean un poder legislativo internacional, sino que autorizan a órganos internacionales a resolver peticiones individuales. Los órganos judiciales no están autorizados a formular consideraciones en abstracto ni tampoco a pronunciarse con efectos generales, sino a resolver los casos que le sean sometidos. Estas decisiones, en todo caso, pueden constituir precedentes, pero no son obligatorios.⁷⁴⁴

La función judicial como creadora del derecho con efectos generales espanta a los Estados. Son los jueces, dado el concurso de *legisladores* en el ámbito internacional, quienes están llamados a darle coherencia al sistema jurídico internacional. Estamos así frente a una suerte de catalizador; o sea, una institución que permite la transformación sin alterar el orden establecido del derecho internacional.⁷⁴⁵ En un sentido, la frase “el gobierno de los jueces”, usada en el derecho internacional por Pellet y antes por Sur, le quita uno de sus mayores tesoros a los Estados: la creación de normas internacionales.⁷⁴⁶

Lo que hemos hecho en los capítulos 3 y 4 ha sido enfatizar la posición que tiene el TEDH y la Corte IDH, en específico, con el tratamiento de los derechos humanos en sede regional. Al mismo tiempo, expusimos el área de discrecionalidad de los jueces como espacio idóneo para moverse a favor de uno u otro derecho. Ello, sin embargo, produce

⁷⁴⁴ Así lo razonaron los abogados de la Sra. Pretty, ver: CEDH, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, Arrêt de 29 avril, 2002, p. 41, párr. 74.

⁷⁴⁵ Ya Lauterpacht y Sur lo han expresado. Cfr. Lauterpacht, Hersch, “La théorie des différends non justiciables en droit international”, *RCADI*, 1930, III, tomo 34, pp. 499 – 653; Sur, Serge, *L’interprétation en droit international public*, cit., p. 319.

⁷⁴⁶ “... the dangers of the ‘gouvernement des juges’”. Cfr. Pellet, Allain, *Commentary of...* p. 680; Sur, *op. cit.*, pp. 345 y ss.

dudas y reticencias, en la medida que los jueces no son capaces de ofrecer pureza en su método de interpretación ni suficiencia en la solución de conflictos.

Específicamente en el sistema interamericano, hemos llegado a un punto de choque respecto de la posición de la Corte Interamericana: legitimarla como una Corte activista, “legisladora”, discrecional, o frenar y repensar el diseño del derecho internacional americano, a partir de los derechos humanos como normas comunes.⁷⁴⁷

Así transitamos a la segunda conssecuencia: la relación que guarda la política y el derecho interamericano y la función “progresista” de la Corte IDH. En un sistema democrático, que una corte constitucional controle las leyes con base en un documento constitutivo del Estado, descansa en una legitimidad visible en las decisiones tomadas por quien puede tomarlas (principalmente el pueblo). Pero es esa legitimidad la que no aparece en la estructura del *ius gentium* latinoamericano y en donde pueda basarse el activismo de la Corte.

Un tribunal constitucional puede tener la última palabra respecto de la interpretación a la constitución de un Estado (es más, para eso fue creado; es esa su condición de existencia). Sin embargo, sería poco menos que inaceptable darle esa categoría a una decisión de la Corte Interamericana respecto de los Estados parte de la Convención Americana. En efecto, los tratados internacionales que le otorgan competencia a la Corte IDH no suponen la creación del derecho con fines generales. Sino que, como la esencia de un órgano judicial, los jueces resuelven controversias.

No se dice que no pueda llegarse a ello, incluso se ha hecho una defensa a la posición latinoamericana, lo que se menciona aquí, es que no por vía judicial podemos llegar a una mejor cultura de derechos humanos. Nuestro diseño interamericano no basta para ello.

⁷⁴⁷ Y la legitimación es, ante todo, un concepto democrático. Cfr. Eriksen, Erik Oddvar, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, en *La argumentación y los derechos fundamentales*, Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 97 y ss. También, para entender la legitimidad desde el pensamiento de Schmitt, puede verse: Córdova, Vianello, Lorenzo, *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp. 234 – 235.

Cuando se realiza un estudio judicial, referido a las cortes de derechos humanos, existe la grande tentación de observar dicho fenómeno a través de la práctica de los tribunales constitucionales, o de la justicia constitucional, en general. Esto tiene sentido porque el constitucionalismo moderno tiene como uno de sus pilares el respeto y control de los derechos fundamentales⁷⁴⁸ (expresados en un catálogo constitucional), así como la instauración de sistemas democráticos participativos,⁷⁴⁹ necesariamente de cumplimiento simultáneo: “La idea de la democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente... ‘el derecho de los derechos’.”⁷⁵⁰

Pero no es posible trazar con todos sus elementos, una línea paralela entre la justicia constitucional, hecha principalmente por los jueces constitucionales, y aquella justicia convencional, hecha por los jueces internacionales, aun cuando ambas protejan los derechos humanos. El derecho internacional funciona en gran medida gracias a la voluntad de los Estados; en cambio, en los sistemas jurídicos internos, nos hemos valido de ficciones para hacernos creer, al menos, que son los representantes del pueblo quienes deliberan las leyes, y quienes las aplican; y que los jueces constitucionales, actúan de la manera en que lo hacen, porque controlan a los otros poderes pero al mismo tiempo porque están conscientes de las decisiones de un pueblo que eligió a los gobernantes.

En el ámbito interno, la justicia constitucional aparece como una forma de limitar al poder, pero también con una fuerza creadora, que no pertenece sólo a la concepción

⁷⁴⁸ Cfr. Fioravanti, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzione moderne. Le libertà fondamentali*. Torino, Giappichelli, 1995, pp. 51 – 98. También Fioravanti apunta estos dos elementos como características propias de la doble vocación del constitucionalismo europeo: “... da una parte a costruire limiti e garanzie da opporre al potere sovrano, in difesa delle proprie sfere di autonomia e dei propri diritti, dall'altra a partecipare alla costruzione di quel potere, con l'elemento del consenso, e con l'evidente finalità di meglio garantire quelle medesime sfere e quei medesimi diritti, entro la nuova dimensione del potere sovrano. Sono questi due movimenti del costituzionalismo: *resistenza* e *partecipazione*.” Fioravanti, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Laterza, 2009, p. 150; Bayón, Juan Carlos. “Derechos, democracia y constitución.” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2006, pp. 211 – 216.

⁷⁴⁹ Cfr. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2006, pp. 31 y ss.;

⁷⁵⁰ Cfr. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 337.

americana de la creación judicial del derecho, sino también a la tradición europea y latinoamericana de ver a los jueces como intérpretes y aplicadores de la norma constitucional.

Pero el control y equilibrio de poderes no existe de la misma forma en el derecho internacional porque se parte de presupuestos democráticos distintos. La comunidad internacional presume que tienen valores que le son propios. El respeto de los derechos humanos es uno de ellos. Pero no tiene un poder ejecutivo ni un legislativo concentrado, al contrario, está diseminado en cada Estado.

Este razonamiento se basa en el diseño del derecho internacional. Que si bien ha sido modificado para que el Estado no sea el sujeto único de las relaciones internacionales, todavía no llega (y no podría llegar) al estatus de no importar la voluntad estatal, o de ubicar por encima de ella, la opinión de los jueces internacionales, cuando resuelven casos en los que el Estado referido no es parte en la controversia.

En especial referencia a la Corte IDH, otorgar efectos generales a sus decisiones, pone en peligro la propia credibilidad del órgano jurisdiccional, pues sin que haya crecido lo suficiente, por un lado niega la discrecionalidad de sus propios integrantes y por otro, no cuenta con un sistema de revisión que permita un equilibrio en el ejercicio del poder internacional, o en última instancia, un sistema de responsabilidades jurídicas y no jurídicas, por aquellos casos en que los propios jueces elaboren un *dictum* de alcances insospechados todavía.

Es el canon interpretativo vienes el marco de acción de las jueces para encontrar el justo medio entre el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su rol en la estructura del derecho internacional. Otro camino, por ilimitado, puede resultar contraproducente.

El sistema interamericano ha tenido éxito en la medida que sigue los parámetros del derecho internacional general. Acercarse al sistema europeo, en pro de un

constitucionalismo supranacional, no es el camino más corto para lograr la protección y garantía de los derechos fundamentales. No, al menos, en el diseño actual.

Pero todavía más, sí debería existir mayor compromiso estatal para hacer crecer en número y funcionamiento, al órgano jurisdiccional interamericano. De forma tal que permitiera contar al menos con un grado de apelación (ya existe este mecanismo en el Sistema Europeo) y existiría, al menos formal, un control de las decisiones judiciales. Son los representantes de los Estados quienes acuerdan las instituciones que un tratado debe generar y cuáles son sus características orgánicas, sus competencias, su jurisdicción.⁷⁵¹ Dado que hemos mencionado que el derecho no puede permanecer estático, sino que la actividad (no activismo) judicial debe ser importante para dar constancia de los hechos; es decir, lo que hacen los jueces es constatar un hecho, y en esa medida “crearlo”; lo que no deben hacer los jueces internacionales es “crear”, de la nada jurídica ni de la nada empírica, un enunciado normativo. Los jueces deberán mantener un justo equilibrio que mantenga vivo un instrumento de derechos humanos, pero al mismo tiempo, manteniendo sus funciones institucionales, incluidas sus limitaciones, de acuerdo a la voluntad que los creo. Al final, la enmienda convencional, sólo puede llegar por voluntad, otra vez, de los Estados.⁷⁵² En tanto, lo que sigue, es mantenerse ajustado a la regla de la buena fe en las relaciones internacionales.

Queda sugerido así un tema que en el foro estatal interno todavía produce disensos conceptuales: el debate sobre la justicia constitucional y el proceso democrático.⁷⁵³ Si se replica ello en el escenario internacional el debate se plantea, por ejemplo, desde la justicia de los derechos humanos consagrados en la CADH y la legitimidad democrática de 7 jueces interamericanos. Por una lado se tendría la facultad

⁷⁵¹ De ahí que Sur afirmé que son los Estados quienes controlan de forma indirecta o directa a los órganos judiciales, *cfr.* Sur, *op. cit.*, pp. 347 – 364.

⁷⁵² *Cfr.* Shelton, Dinah, “The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies”, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Hestermeyer, Holger P., et. al., (eds.), Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012, pp. 559 – 561.

⁷⁵³ Se sigue aquí la línea demostrada por Rodolfo Vázquez, en “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Rodolfo Vázquez (ed.), Madrid, Trotta, 2011, pp. 237 – 256.

legislativa estatal, mientras que por el otro, el activismo judicial. En este último destaca otro punto de conflicto: la ausencia del contrapeso democrático al tiempo que, al menos en el discurso, se crea una cultura de protección de los derechos humanos en América.

Hagamos una pausa en este punto: la elección de los jueces de la Corte Interamericana es realizada por los representantes de los Estados reunidos en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Lo que significa que, finalmente, el poder de elección se encuentra en la voluntad estatal. Esto demuestra al menos dos cosas: a) los Estados pueden proponer al jurista no necesariamente con mayor destellos de liberalismo y garantismo, sino a uno conservador; b) los debates en la Asamblea General son eminentemente políticos lo que impide prever que en todos los casos el objetivo de la promoción de derechos humanos está asegurado.

Sin embargo, a diferencia de la justicia constitucional, donde una corte puede derribar la constitucionalidad de un acto de un órgano legislativo (éste sí compuesto por representantes directos del electorado) en el ámbito internacional una corte, compuesta por individuos electos directamente por los Estados, declara la inconvencionalidad de un acto del Estado, quien probablemente lo nombró. Sin embargo, esta posible legitimación está inmediatamente limitada por la norma que han creado los propios Estados y que supone la contención de la actividad institucional judicial. Es decir, aun cuando los jueces internacionales son electos por los Estados, son éstos mismos quienes les marcan los alcances de su actividad.

El arsenal argumentativo de los jueces interamericanos es, en todo caso, la protección de los derechos humanos y, recientemente, al estilo europeo, la creación de *ius commune* en la región. Ambas posiciones son más discursivas que demostrativas de la realidad latinoamericana (aunque bastaría pensar por ahora en la mexicana). Pero con todo, debe pensarse en casos donde la Corte IDH no ha cumplido con la expectativa que esos argumentos suponen. Ya en el transcurso del cuarto capítulo se dio cuenta de las inconsistencias metodológicas en el caso de la Opinión Consultiva no. 20 y en el Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. Estados Unidos Mexicanos. Luego, faltaría

solamente esperar cómo sale del embrollo propiciado por ella misma en la Sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* en la que sostuvo que la protección del derecho a la vida, en términos de la CADH, comienza desde el momento de la implantación de un óvulo fecundado *in vitro* en la matriz de una mujer.⁷⁵⁴ Esa noción choca con la posibilidad de que, por ejemplo en la Ciudad de México, una mujer en esa circunstancia ejerza derechos reproductivos antes de la décimo segunda semana de gestación.

Finalmente, este gobierno de los jueces interamericanos está sujeto a una construcción sólida de la función judicial internacional. Su revisión implica una mayor tarea de innovación en la ingeniería del derecho internacional.

5.2.1 LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS Y LOS LÍMITES A LA DISCRETIONALIDAD JUDICIAL INTERNACIONAL.

La regla *pacta sunt servanda* apareció en el mundo jurídico, gracias a los canonistas medievales, ante la prohibición de la Iglesia de prestar juramento en vano. Era el poder de la palabra lo que obligaba a dos personas a sujetarse a sus propios dichos, pues en el mundo cristiano no hacía falta más. El cristiano cumple lo que dice. En cambio, en el derecho romano, eran necesarias formas sacramentales o la entrega de la cosa en contratos reales. El intercambio de consentimientos apenas era un pacto, no un contrato. Quien no lo hacía bajo las formas del derecho, se acercaba más a Fides. De hecho, el primer *ius gentium*, el romano, el del intercambio comercial entre romanos y extranjeros, estuvo basado en la *bona fides*, en la confianza y en el temor a la represalia.⁷⁵⁵

En el derecho internacional actual descansa en el *pacta sunt servanda*. Hay todavía un complejo mecanismo que obliga a los Estados a conducirse de acuerdo a lo que ellos mismos han pactado. Por eso la Convención de Viena de 69 lo recogió como una columna vertebral del derecho de los tratados. Y el intérprete debe protegerse bajo ella: el artículo 31 de la Convención de Viena afirma: “Un tratado deberá interpretarse de

⁷⁵⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrs.

⁷⁵⁵ Cfr. Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2ª. ed, Argentina, XXI Siglo veintiuno editores, 2012, pp. 121 – 146.

buena fe...”; antes del sentido del texto, de la práctica subsecuente, y de los métodos de interpretación que puedan y deban utilizarse, un tratado se interpreta de buena fe. Los Estados, en tanto intérpretes originarios de una norma, deberían estar mucho más atentos a las obligaciones que ellos mismo han creado. Solo cuando son incapaces de hacerlo, entonces aparece una institución internacional, también regida por la buena fe, la que deberá obligar al Estado a volver a su palabra.

Un Estado que se queja de una sentencia internacional, es un Estado que debió cumplir su obligación antes de que llegara a la instancia internacional. Es esa la obligación estatal. Pero eso no quiere decir, que un órgano judicial pueda rebasar el mismo principio bajo el cual ha nacido él mismo, y la obligación y el derecho que le toca adjudicar.

La buena fe también está presente en el discurso internacional de los derechos humanos. Es quizá donde se estructura de mejor forma y cercano al dogma religioso. Los derechos son un credo surgido de los valores occidentales que han sido inmersos en las relaciones internacionales bajo criterios de universalidad y absolutismo.⁷⁵⁶ Sin embargo, el dogma también es necesario. Y el dogma de los derechos humanos en América es un recurso para encontrar un sentido de pertenencia, de comunidad, de *ius commune*. Pero no es un dogma completamente absoluto porque tampoco América es homogénea. El discurso de los derechos humanos, si bien puede parecerse a la fe religiosa, es necesario que sea despojada de esas formas, al menos como punto de partida, para que ingrese al discurso jurídico. Lo contrario es no conocer fronteras y suponer que incluso el derecho está por debajo del dogma.

Esta relación entre la fe, el dogma y el derecho, encuentra sentido cuando pensamos en los derechos humanos como aspiraciones regionales, legítimas, pero dentro del discurso jurídico, y no religioso. Por eso, si lo tenemos en cuenta al menos como premisa, podríamos perfectamente arribar a un escenario en donde la interpretación y la discrecionalidad del juez serían factores determinantes en la constancia del valor común.

⁷⁵⁶ Cfr. Supiot, *op. cit.*, p. 244.

De ahí que, frente al margen de apreciación de nacional como herramienta evidente de la discrecionalidad del TEDH, y algunas inconsistencias en la interpretación del instrumento americano por la Corte Interamericana, volver a la Convención de Viena, en tanto confirmación del *pacta sunt servanda*, sea la posibilidad de limitar sus funcionamientos. La construcción de límites en la interpretación del texto y en el manejo de la discrecionalidad judicial, en el derecho internacional de los derechos humanos, proporcionarán una mejor cultura de protección. Respecto de la Corte IDH, bien puede decirse que sus contribuciones han rebasado toda expectativa inicial pues buena parte de los temas que ha revisado constituyen la evidencia de regímenes profundamente antidemocráticos entre las décadas de los 70 y los 90 (el caso de Argentina, Chile, Perú, México, Nicaragua, Venezuela, El Salvador, Guatemala, etcétera). Pero estamos en espera de temas diversos, en donde la prudencia deberá ser la brújula de un órgano judicial, que a fuerza de encontrar resistencia estatal, se configure como un sólido tribunal.

Lo que queremos decir es que si bien la discrecionalidad judicial permite una flexibilización del sistema jurídico, eso no significa que existe carta abierta para que los jueces puedan moverse sin fronteras; y es la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que puede actuar como un marco de discrecionalidad, como continente a la actividad discrecional del juez.

Ahora bien, son evidentes las limitaciones de los artículos 31 y 32 de la Convención, pues, en estricto sentido sólo podrían utilizarse respecto de tratados internacionales, y que además, cumplan el criterio establecido en el artículo 2 de la propia Convención; por ejemplo, que los tratados internacionales consten por escrito. Sin embargo, para conseguir el objetivo planteado al inicio de este trabajo, sería sumamente útil referirnos a las regla de interpretación de Convención de Viena como referentes de la interpretación de las normas internacionales en general. Si esto es así, entonces podríamos conceder que los artículos 31 y 32 referidos constituyen el marco de discrecionalidad judicial internacional.

Así pues, debe decirse que la buena fe en la interpretación de tratados debe mediar entre la voluntad de las partes que han creado el texto y el objeto para el cual lo han hecho. Si la protección de los derechos humanos es objeto principal de la CADH, y no la integración de un panamericanismo cercano al Estado federal, entonces la Corte IDH debe funcionar como el factor determinante en esa protección de derechos humanos.

5.3 POR UN NUEVO PANAMERICANISMO A PARTIR DE LA PRUDENCIA JUDICIAL.

En América, hemos renunciado formalmente a la solución armada de las controversias desde 1889. Hay una ética tradicional colectiva que da fe de un desarrollo progresivo que rechaza la intervención extranjera y ensalza la independencia.⁷⁵⁷ Es esa la función del juez y su mayor herramienta la prudencia.

“Hará su aparición el *“genio americano”*, hasta ahora en la penumbra. Sus grandes manifestaciones, la *solidaridad continental*, el *panamericanismo*, la *confianza* y la *cooperación*, son elementos que servirán de regeneración de la Humanidad.” Antes todavía de la ONU y de que llegara a ser juez de la Corte Internacional, Alejandro Álvarez comenzó así su *Reconstrucción del derecho gentes*, con una apuesta decidida a un panamericanismo institucional.⁷⁵⁸ Su origen más o menos simultáneo y solidario puede dar paso a una definitiva composición regional interamericana. El camino no es fácil pues sí hay una diferencia fundamental entre el Norte, el Centro y el Sur, y esas diferencias parecen irreconciliables; sin embargo, es claro que los Estados americanos nacieron con una suerte de solidaridad enfocada en dos aspectos: el continental y el latinoamericano.⁷⁵⁹ El insomnio bolivariano⁷⁶⁰ de la América unida sigue siendo un reto después de casi 200 años. No solo no nos hemos movido hacia esa dirección sino que nos hemos topado con diferencias políticas incompatibles.

⁷⁵⁷ Cfr. Dupuy, René – Jean, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système inter-américain vers le fédéralisme*, París, Pedone, 1956, p. 155.

⁷⁵⁸ Cfr. Álvarez, Alejandro, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Chile, Editorial Nascimento, 1944, p. 3.

⁷⁵⁹ Cfr. Álvarez, op. cit., pp. 286 – 287.

⁷⁶⁰ Uso la referencia de Jorge Volpi, *El insomnio de Bolívar. Cuatro consideraciones intempestivas sobre América Latina en el siglo XXI*. México, Random House Mondadori, 2010, pp. 29 – 30; 258 – 259.

Ahora bien, no hay una disociación entre los sistemas de cooperación de tipo universal, con aquellos movimientos regionales, y tampoco es una cuestión que deba decidirse pronto; al contrario, entre el regionalismo y el universalismo existe una asistencia incluyente. El mundo de la segunda posguerra se movió casi al mismo tiempo a partir de organizaciones universales y regionales, aunque ya se daba cuenta de proyectos continentales desde el siglo XIX. La mención de “acuerdos u organismos regionales” consagrada en el artículo 52 de la Carta de la ONU fue una concesión al bloque de los países latinoamericanos que tenían ya una larga tradición de las conferencias panamericanas.

En realidad, para el nacimiento del Panamericanismo debe voltearse hacia la Carta de Jamaica de Bolívar que constituye una referencia, débil, de la construcción de una unión latinoamericana.⁷⁶¹ No propone Bolívar la creación de un estado federal, ni de un gran estado latinoamericano, menos aún de monarquía latinoamericana, pero sí da cuenta de intereses comunes, de una gran América, y de una construcción continental. La lengua, el origen, la religión, serían elementos de construcción del panamericanismo.⁷⁶²

Luego, el propio Bolívar convocó al Congreso de Panamá en 1826, seguro de constituir una primera noción de la nación americana. Sólo la Gran Colombia, México, Centro América (una sola nación) y Perú acudieron al llamado. Ya se hablaba entonces de una seguridad colectiva regional. Pero este Tratado de Confederación no entró en vigor porque sólo fue ratificado por Colombia.

La Conferencia de Lima de 1848 también arrojó un Tratado de confederación, y ya era posible vislumbrar un concepto de región. Luego, otra vez en Lima en 1864 – 1865 que marcó el fin de la noción de la confederación americana, sencillamente porque había desaparecido la noción de colonia o la amenaza de invasión de la potencia enemiga. Sin

⁷⁶¹ Antes había sido Francisco de Miranda quien utilizó primero un plan concreto de organización para la América Hispana. Cfr. Matos Ochoa, Sergio, *El panamericanismo a la luz del derecho internacional*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980, p. 18.

⁷⁶² El origen de la conciencia latinoamericana aparece “en las llameantes ruinas de la conquista” despojada de la huella española y mexicana. Cfr. Callejas, César Benedicto, *Siete ensayos de interpretación sobre la utopía latinoamericana. El pensamiento utopista en el descubrimiento y conquista de América*, México, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, 2010, pp. 25 – 26.

embargo, sí se lograron tratados de navegación, comercio, postales, y comenzó también la unificación del derecho internacional privado. Las Conferencias Panamericanas de 1889 a 1948 marcan en realidad el inicio del Panamericanismo. Constituyen reuniones donde dialogan los del Sur, con los del Norte. Estados Unidos apareció aquí como un líder regional, interesado, sobre todo, en el comercio. Sin embargo, las Conferencias Panamericanas eran más bien reuniones técnicas que revisaban temas de aduanas, de inversión, propiedad industrial, postal, propiedad intelectual (derechos de autor).

La 6ª conferencia, en La Habana, trajo importantes documentos internacionales, entre los que destacan, al Convención de Asilo Diplomático, que luego ha sido un estandarte de posiciones estrictamente latinoamericanas. La posición de Roosevelt fue fundamental para que en 1933, en la Conferencia de Montevideo se adoptara la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, aceptada también por Estados Unidos, y que participa de elementos estatales, y de acciones colectivas para proteger intereses comunes. Aquí toma fuerza, otra vez, la constitución de una organización regional.

Fue en la conferencia de Chapultepec, en México, en 1945, cuando los Estados latinoamericanos ingresaron la fórmula de una seguridad colectiva- regional, que aparecería después en el artículo 52. Luego, en el Tratado de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro, de 1947 apareció mejor articulada. La 9ª conferencia, en Bogotá, fue el clímax, la cúspide del panamericanismo. Se crean dos normas internacionales de inigualable valor en la época: la Carta de Bogotá (1948) que es el tratado constitutivo de la Organización de Estados Americanos y el Tratado de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá de 1948).⁷⁶³

La paradoja en América puede estar en cómo construir un sistema de integración si buena parte de los orígenes constitucionales descansan en una posición aguda sobre la soberanía.⁷⁶⁴ El *ius gentium* americano es pues no solamente aquel hecho por los Estados, sino el conjunto de valores comunes, que cada Estado ha puesto en sus propios

⁷⁶³ La importancia no es menor si se pensaba que en Europa, la guerra era todavía un procedimiento reconocido por el *ius gentium*. Cfr. Dupuy, René-Jean, *Le nouveau ...*, cit. pp. 123 – 125.

⁷⁶⁴ Cfr. Dupuy, René-Jean, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système inter-américain vers le fédéralisme*, París, Pedone, 1956, pp. 44 – 57.

contextos.⁷⁶⁵ Así, no obstante en América Latina no hay monarquías establecidas, hay diferencias constitucionales fundamentales, u organizaciones federales que se diferencian unas de otras. En cambio, un valor común es la protección de los derechos fundamentales. En la medida en que construyamos fuera de la sede judicial una cultura de protección de derechos humanos, llegaremos mucho más rápido a la meta.

⁷⁶⁵ Esta ambivalencia del *ius gentium* es tan antigua como Francisco Suárez. Cfr. Rolland, L., "Suarez", en *Les fondateurs du Droit International*, París, Giard & Brière, 1904, pp. 99 – 104.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El derecho internacional de los derechos humanos es un régimen autónomo del derecho internacional público. Por tanto, cuenta con instituciones, normas, y órganos judiciales propios; sin embargo, se mantiene contenido y limitado en el marco general del derecho internacional.

SEGUNDA. El derecho internacional de los derechos humanos se creó a partir de, principalmente, las nociones burguesas, ilustradas del individualismo francés. De aquí que los textos jurídicos internacionales recojan en buena medida los derechos civiles y políticos y los económicos, económicos y culturales.

TERCERA. Dentro del derecho internacional de los derechos humanos destaca el desarrollo institucional judicial de los ámbitos regionales, principalmente en los casos europeo y americano. No obstante, en ambos existen diferencias sustanciales en los procesos de formación y fortalecimiento de los sistemas. Dichas diferencias como el acceso al tribunal, la forma de reparación, la ejecución de las sentencias, entre otras, demuestran cómo los europeos han llegado al *ius commune* desde el diseño estructural de sus instituciones supranacionales.

CUARTA. El debate regional sobre la protección de derechos humanos, en Europa y en América, es propiciado principalmente por los jueces regionales al interpretar los convenios que contienen derechos humanos. Al tratarse de normas convencionales, es necesario, por tanto, conocer el origen y desarrollo de la interpretación jurídica en general, y de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en particular. La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han trazado la forma de interpretar el derecho internacional, que luego debe ser replicado en las sedes judiciales regionales. En éstas, pueden advertirse una separación en la forma de interpretar el derecho internacional, lo que no significa que puedan apartarse definitivamente de la voluntad de los Estados, en tanto creadores de la norma.

QUINTA. Al interpretar los convenios regionales de derechos humanos, las cortes europea e interamericana entienden de forma distinta su función: mientras que la europea encuentra en el margen de apreciación nacional un concepto idóneo para mediar entre las distintas posiciones estatales, la interamericana busca, en casi todos los últimos casos, fijar parámetros generales, obligatorios para todos los Estados parte de la CADH. En un análisis de casos se refleja que el método de interpretación no siempre es usado con pureza en las sentencias interamericanas. Que así sea, amplía al máximo la discrecionalidad judicial con la que cuentan los jueces.

SEXTA. Un argumento reciente en la jurisprudencia interamericana es la de crear un *ius commune* en la protección de los derechos humanos. Si bien el argumento es loable, falta por analizarse con mayor precisión el diseño institucional del derecho

internacional, la legitimidad democrática del órgano jurisdiccional, así como su fortaleza institucional (financiamiento, sesiones permanentes, control jurídico por un superior, entre otras).

SÉPTIMA. Es cierto que hay un largo camino recorrido en América para construir el anhelado panamericanismo. Sin embargo, desde Bolívar hasta nuestros días no hemos sido capaces de edificarlo. Si bien la Corte IDH puede ayudar a su construcción, su papel se constriñe a la solución de controversias a partir de los tratados que le otorgan jurisdicción. Cualquier otra visión espontánea, no está sustentada en el andamiaje jurídico.

OCTAVA. El *ius gentium* latinoamericano, aun aquel que protege derechos humanos, descansa en el derecho internacional, por lo que su desarrollo debe (y puede) hacerse a partir del respeto al Estado de Derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, GEORGES, "Les sources du Droit International: un essai de déconstruction", en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Vol. I, Asunción, Fundación de cultura universitaria, 1994.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ABREGÚ, MARTÍN, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción" en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.
- AGO, ROBERTO, "Las opiniones consultivas "obligatorias" de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy.", en *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- AKEHURST, MICHAEL. *Introducción al Derecho Internacional*, 2ª reimp., Salamanca, Alianza Universidad Textos, 1994.
- ALEXY ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático" en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª. ed., Madrid, Trotta-UNAM, 2006.
- , *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2002.
- ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- , "Definiciones y normas", en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió, Bulygin Eugenio et. al.* (comps.), Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1983.
- ÁLVAREZ, ALEJANDRO, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1944.
- ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO Y ALEXY, ROBERT. *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006.
- ANZILOTTI, DIONISIO, *Corso di Diritto Internazionale*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1964.
- ARTEAGA NAVA, ELISUR, *Derecho Constitucional*, 3ª. reimpr., 3ª. ed., México, Oxford, 2010.
- ATIENZA, MANUEL, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo a los casos trágicos." en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 5ª. reimpr., Fontamara, México, 2005.
- , "Argumentación Jurídica", en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996.
- , *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- AUST, ANTHONY, *Modern Treaty Law and Practice*, Reino Unido, Cambridge, 2007.

- AVRIL, M., “Pufendorf”, en *Les fondateurs du Droit International*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1904.
- BANDIERI, LUIS MARÍA, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2004.
- BARAK, AHARON, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè editore, Milán, 1995.
- BARNHOORN Y WELLENS (eds.) *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución.” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª. ed., España, Trotta-UNAM, 2006.
- BEDJAOUI, MOHAMMED, “An international contentious case on the threshold of the Cold War” en *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.), Reino Unido, Routledge, 2012.
- , “L’egalité des États dans le process international, un mythe?” en *Le procès international. Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, Bruselas, Bruylant, 2009.-----, *Droit International. Bilan et perspectives*, Tomo 1, Éditions A. Pedone – UNESCO, París, 1991.
- BENNOUNA, MOHAMMED, “The Corfu Channel case and the concept of sovereignty” en *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.), Reino Unido, Routledge, 2012.
- BENTIVOGLIO, LUDOVICO, *La funzione interpretativa nell’ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milán, 1958.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BERUMEN CAMPOS, ARTURO, *El derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una teoría comunicativa del derecho*, México, Facultad de Derecho – Porrúa, 2010.
- BETTI, EMILIO, *Problematica del Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milán, 1956.
- BETTI, EMILIO, *Teoria Generale della Interpretazione*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1955.
- BEUCHOT, MAURICIO, *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*, 2a. reimpr., México, Fontamara, 2004.
- BEVANS, CHARLES I., ED., *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, Vol. II, Washington, Department of State Publications, 1968.
- BOBBIO, NORBERTO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 12 reimp., 2006.
- , *El tercero ausente*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.
- , *L’età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.
- BOGDANDY, ARMIN VON, en *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.
- , ET. AL. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM – IJ, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

- BONANATE, LUIGI, “Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani” en Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, 3ª. ed., Bari, Laterza, 2008.
- BOVERO, M., ET AL., *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, 10 dicembre 1948*, 2ª.ed., Roma, Ediesse, 2008.
- BRICHAMBAUT, PERRIN DE, ET. AL., *Leçons de droit international public*, París, Editorial Presses de Sciences Po, 2002.
- BRITO MELGAREJO, RODRIGO, *El diálogo entre los tribunales constitucionales*, México, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- , *Constitucionalismo global*, México, Porrúa – Facultad de Derecho UNAM, 2005.
- BROWNLIE, IAN, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2003.
- CAMEN, ANTON, “El derecho internacional humanitario y la seguridad internacional.” en *Derecho y seguridad internacional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistema Jurídicos Comparados*, Méndez Silva, Ricardo (coord.), México, UNAM, 2005.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO, *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, México, Jurídica de las Américas, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO, PEYTRIGNET, GÉRARD Y RUIZ DE SANTIAGO, JAIME, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*. México, Porrúa – Universidad Iberoamericana, 2003.
- CAPPELLETTI, MAURO, *La justicia constitucional*. (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987.
- CAPOZZI, GINO, *Diritti dell’Uomo. Filosofia, Dichiarazioni, Giurisdizione*, Nápoles, Jovene editore, 2001.
- CARRILLO SALCEDO, JOSÉ ANTONIO, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- , “Influencia de los derechos humanos en la evolución del derecho internacional: hacia una relectura de la función de los Estados en el orden internacional contemporáneo” en *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Zlata Drnas de Clément (coord.), Tomo I, Drna – Lerner Editores, Buenos Aires, 2002.
- CERETI, CARLO, *Panamericanismo e Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè, 1939.
- CALLEJAS, CÉSAR BENEDICTO, *Siete ensayos de interpretación sobre la utopía latinoamericana. El pensamiento utopista en el descubrimiento y conquista de América*, México, 2010, Porrúa – Facultad de Derecho- UNAM,
- CASSESE, ANTONIO, Y GAETA, PAOLA. *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2008. -----, *Diritto Internazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2006.
- .
- , *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2005
- CASTAÑEDA, JORGE, en *Obras Completas*, México, COLMEX – Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Matías Romero de Estudios Internacionales, 1995.

- COHEN – JONATHAN, GÉRARD, “L’individu comme sujet de droit international.” en *Mélanges Paul Amselek*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo*. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Carbonell Miguel y Salazar Pedro (eds.), Madrid, Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005.
- COMBACAU, JEAN, “Interpreter des textes, réaliser des normes: la notion d’interprétation dans la musique et dans le droit”, en *Mélanges Paul Amselek*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- CONFORTI, BENEDETTO, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- CONTI, ROBERTO, “La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice”, Roma, Aracne, 2011.
- CÓRDOVA VIANELLO, LORENZO, “Bobbio y la edad de los derechos” en *[Re]pensar a Bobbio*, Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarta (coordinadores), México, IJ – Siglo XXI, 2005.
- CÓRDOVA, VIANELLO, LORENZO, *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Fondo de Cultura Económica – Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- CORREAS, ÓSCAR, *Acerca de los derechos humanos*. Apuntes para un ensayo. Ediciones Coyoacán – UNAM, México, 2003.
- COURTIS, CHRISTIAN, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- D’ARGENT, PIERRE, “Reparation an compliance” en *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of thhe Corfu Channel case*, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.), Reino Unido, Routledge, 2012.
- DE CABO, ANTONIO Y PISARELLO, GERARDO (editores), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000.
- DE LA CUEVA, MARIO, *La idea del Estado*, 5ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DE VISSCHER, CHARLES, *Problèmes d’interprétation judiciaire en Droit International Public*, Pedone, París, 1963.
- , *Théories et Réalités en Droit International Public*, 13ª. ed., Pedone, París, 1960.
- DE VITTORIA, FRANCISCO, *Relecciones. Del estado, de los indios y del derecho de la guerra*. México, Porrúa, 2007, pp. XXXIX y ss.
- DOMINGO DE, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- DONELLY, JACK, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2ª. ed., México, Gernika, 1998.
- DULITZKY, ARIEL, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...* en Abregú, Martín y Courtis, Christian, comps., Buenos Aires, CELS, 1997.
- DUPUY, PIERRE-MARIE, *Droit International Public*, 9ª. ed., Francia, Dalloz, 2008.

- DUPUY, RENÉ-JEAN, *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff Publishers, England, 1988.
- , *Le droit international*, París, Presses universitaires de France, 1963.
- , *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système inter-américain vers le fédéralisme*, París, Pedone, 1956.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6ª. ed., 5a. reimp., España, Ariel, 1996.
- DWORKIN, RONALD, *El Imperio de la Justicia*, 2ª. reimpr., Gedisa, Barcelona, 2005.
- , *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- ERIKSEN, ERIK ODDVAR, "Derecho democrático o gobierno de los jueces", en *La argumentación y los derechos fundamentales*, Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010
- ESTRADA ADÁN, GUILLERMO E., "Ubicación jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano", en Carlos Reyes Díaz (ed.), *Temas Selectos de Comercio Internacional*, México, Porrúa, 2008.
- EVANS, MALCOLM (edited by), *International Law*, 2a. ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2006.
- FASSBENDER, BARDO, "La protección de los derechos humanos como contenido central del bien jurídico internacional", en *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Anne Peters, Mariano J. Aznar e Ignacio Gutiérrez (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- FLAUSS, JEAN-FRANÇOIS, "La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour Constitutionnelle?" en *La Convention européenne des droits de l'homme: Développements récents et nouveaux défis*, Jean- François Flauss y Michel de Salvia (eds.), Bruselas, Bruylant, 1997.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, *Derecho Internacional Público*, Madrid, DILEX, 2001.
- , *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Democracia constitucional y derechos fundamentales", en Ferrajoli, Luigi, *et al, La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Puebla, CAJICA, 2008.
- , *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, 3ª. ed., Bari, Laterza, 2008.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), México, UNAM, 2011.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. *Appunti di storia delle costituzione moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995.
- FIORAVANTI, MAURIZIO, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Laterza, 2009.
- , *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 5ª., Trotta, Madrid, 2007.

- FITZMAURICE, GERALD, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, Cambridge Grotius Publications Limited, 1986, Reino Unido.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los Derechos Humanos” en *La justicia Constitucionalidad y su Internacionalización. ¿Hacia un lus Constitutionale commune en América Latina?*, Tomo II. UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.
- FLORES, MARCELLO, *Storia dei diritti umani*, Bolonia, Il Mulino, 2008.
- GABRIEL MAINO, CARLOS ALBERTO, “La argumentación como camino para la búsqueda de la verdad en la historia de Occidente y en nuestros días”, en *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2004.
- GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas – Thompson Reuters, 2010.
- , “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo” en *La Europa de los Derechos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GLENDON, MARY ANN, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica - Universidad Panamericana - CDHDF, 2001.
- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 1989.
- GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO, *El Sistema de Protección de los Derechos Humanos*, México, Porrúa.
- , *Temas Selectos de Derecho Internacional*, 4ª. ed., México, UNAM – IJ, 2003.
- GRIMM DIETER, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, España, Trotta, 2006.
- GROCIO, HUGO, *De Jure Belli Ac Pacis*, en *The Classics of International Law*, James Brownm (editor) Volumen II, Oxford, 1925.
- GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa – UNAM, 2000.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1996.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, JUAN DE DIOS, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, México, Porrúa – ITAM, 2007.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.
- HART, HERBERT. L., *El concepto del derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 3ª. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- , “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Moreso José Juan y Pompeu Casanova (eds), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.
- , *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Reino Unido, Clarendon Press – Oxford.

- HERDEGEN, MATTHIAS, "Interpretation in International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2008.
- , *Derecho Internacional Público*, México, UNAM – Konrad Adenauer, 2005.
- HESTERMEYER, HOLGER P., ET. AL., (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012.
- IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, *Los "hechos" en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.
- IGNATIEFF, MICHAEL, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, New Jersey, 2001. Existe la versión en español: *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.
- IOVANE, MASSIMO, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milán, Giuffrè Editore, 1990.
- JELLINEK, GEORG, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada), México, UNAM – IJ, 2003.
- , *Compendio de la Teoría General del Estado*, México, Librería del Ángel Pol, 1936.
- JENINGS, ROBERT Y WATTS, ARTHUR, *Oppenheim's International Law*, 9ª. ed., Vol. 1, United States of America, Oxford University Press, 2008.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, ET. AL., *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2005.
- KAHN PAUL, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Yale Law School – Gedisa, 2001.
- KAI AMBOS, EZEQUIEL MALARINO Y GISELA ESNER (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- KANT, IMMANUEL, *La Paz Perpetua*, Madrid, Mestas, 2007.
- , *Principios Metafísicos del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Espuela de Plata, 2004.
- KELSEN, HANS, *Derecho y paz en la relaciones internacionales*, Ediciones Coyoacán, México, 2012.
- , *Teoría General del Derecho y del Estado*, 3ª. ed., México, UNAM, 2008.
- , *La paz por medio del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 4ª. reimpr., Fontamara, México, 2003.
- , *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*. Presentación de Ulises Schimill, México, Fontamara, 2003.
- , *El contrato y el tratado*, traducción de Eduardo García Máynez, 2ª, México, Ed. Colofón S.A., 2002.
- , *Teoría pura del derecho*, 2ª. reimpr., México, UNAM, 1982.
- , *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- KOLB, ROBERT, *Interprétation et Création du Droit International. Esquisse d'une herméneutique juridique modern pour le droit international public*, Bruselas, Editions Bruylant – Université de Bruxelles, 2006.

- KOSKENNIEMI, MARTTI, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1870 – 1960*, Ciudad Argentina – Universidad Complutense, Buenos Aires – Madrid, 2005.
- LACHS, MANFRED, *The teacher in International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- LACARTE, JULIO Y GRANADOS, JAIME (edits.), *Solución de controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Buenos Aires, BID – INTAL, 2004.
- LAUTERPACHT, HERSCH, *International Law*, Volume I, Cambridge, Great Britain, 1970.
- LAUTERPACHT, ELIHU, “The role of the International Judge”, en *Le procès international*. Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Bruselas, Bruylant, 2009
- LEWIS, FREDERICK P., *The context of Judicial Activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative Age*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999.
- LÓPEZ – BASSOLS, HERMILO. *Derecho Internacional Público contemporáneo e instrumentos básicos*. 2ª. ed., México, Porrúa, 2003.
- MACHIAVELLI, NICCOLÒ, *Il Principe*, Roma, Newton Compton editori, 2007.
- MALARINO, EZEQUIEL, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Sistema Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Georg-August-Universität-Göttingen - Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- MALLOY, WILLIAM M., *Treaties Conventions International Acts Protocols and Agreement Between the United States and Other Powers*, Vol.1, Government Printing, Washington, 1910.
- MARMOR, ANDREI, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, PABLO J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- MATOS OCHOA, SERGIO, *El panamericanismo a la luz del derecho internacional*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980.
- MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. (coord.), *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009.
- MAY, GASTON, *Éléments de Droit Romain*, 15a. ed., París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923.
- MENDONCA, DANIEL, *Interpretación y aplicación del derecho*, España, Universidad de Almería, 1997.
- MILLÁN MORO, LUCÍA, *La «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- MORESO JOSÉ JUAN Y VILAJOSANA RUBIO, JOSEP, *Introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- NIETO, SANTIAGO, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM.
- NILÉHN, LARS, “On the Use of Natural Law. Samuel von Pufendorf as Royal Swedish State Historian” en *Samuel von Pufendorf 1632 – 1982*, ett rättshistoriskt symposium i Lund 15 - 16 januari 1982, Nordiska Bokhandeln, 1986.

- NIETO, ALEJANDRO, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 11ª. Edición, Barcelona, Ariel, 2003.
- NGUYEN, QUOC DINH; DAILLIER, PATRICK Y PELLET, ALAIN, *Droit International Public*, 6ª. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1999.
- PARRY, CLIVE, “Función del derecho en la comunidad internacional”, en Max, Sorensen (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, 8va. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- PECES – BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de Derechos Fundamentales*, 1ª. reimpr., Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- PELLET, ALAIN, “Article 38: a commentary”, en Andreas Zimmermann (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, OUP, USA, 2006.
- PERELMAN, CHAIM, Y OLBRECHTS - TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*. La nueva retórica, trad. de Julia Sevilla, Madrid, Gredos.
- , *Logica giuridica nuova retorica*, Giuffrè, Milán, 1979.
- PICCATO RODRÍGUEZ, ANTONIO OCTAVIO, *Teoría del derecho*, México, IURE, 2006.
- PINTO, MÓNICA, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- , “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Curtis, comps., CELS, Buenos Aires, 1997.
- QUESADA POLO, SANTIAGO. “La presentación de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Apuntes del I Máster” en *Protección de Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2004.
- RATEB, AISHA, *L’individu et le droit international public*, Thèse pour le Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l’Université du Caire, Imprimerie de l’Université du Caire, 1959.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. Ed., Espasa-Calpe, España, 2001.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- RENTERÍA DÍAZ, ADRIÁN, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, 2ª. edición, Fontamara, 2002.
- RENTERÍA DÍAZ, ADRIÁN, “La teoría de la argumentación y el decisionismo judicial”, *Sobre el razonamiento jurídico*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile), Edeval, Valparaíso, 2000.
- REYES DÍAZ, CARLOS, *Comercio Internacional. Jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, México, Facultad de Derecho – Porrúa, 2007.
- ROLLAND, L., “SUAREZ”, en *Les fondateurs du Droit International*, París, Giard & Brière, 1904.
- ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho Internacional Público*. 2ª. ed, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.
- , *Droit International Public Approfondi*, Dalloz, París, 1961.
- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007.
- SCELLE, GEORGES, *Manuel de droit international public*, Editions Domat-Montchrestien, París, 1948.
- , *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Recueil Sirey, París, 1932.

- SCOVAZZI, TULLIO, *Corso di Diritto Internazionale*, Parte I, Milán, Giuffrè Editore, 2000.
- SEARA, VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 2004.
- SENESE SALVATORE, “Il Tribunal Russell sull’America latina e il Tribunale permanente dei popoli”, en Bovero M., et. al., *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*. 10 dicembre 1948, Ediesse, Roma, 2008.
- SEPÚLVEDA, CÉSAR, *Derecho Internacional*, 24ª ed., México, Porrúa, 2004.
- SERRANO MIGALLÓN, FERNANDO, *Con certera visión: Isidro Fabela y su tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SHAW, MALCOLM, *International Law*, 5ª. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.
- SIMMA, BRUNO, “Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?” en *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012.
- SORENSEN, MAX, *Derecho Internacional Público*, 8ª. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SUPIOT, ALAIN, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2ª. ed, Buenos Aires, XXI Siglo veintiuno editores, 2012.
- SUR, SERGE, *L’interprétation en droit international public*, París, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- SWINARSKI, CHRISTOPHE, “Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Elementos de derecho internacional humanitario*, Fraidenraij, Susana y Méndez Silva, Ricardo (comps.), UNAM, México, 2001.
- TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, “El juego de argumentar y cómo jugarlo (partida preliminar a la argumentación jurídica” en García Ramírez, Sergio, (comp.) Homenaje a Olga Isla de González Mariscal, Tomo III, México, UNAM, 2007.
- , *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas, UNAM, México, 2005.
- , “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa.” en Vázquez Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001.
- , “El sujeto del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª. ed., España, Trotta, 2000.
- , *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998.
- , *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, 2ª ed., México, Editorial Themis, Colección Teoría del Derecho, 1998.
- TAMÉS, REGINA. “El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Naciones Unidas”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez Rodolfo (coords.) *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, Fontamara – SCJN, México, 2010.
- TARELLO, GIOVANI, “L’interpretazione della legge”, en Cicu, Antonio y Messineo Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, T. 2, Milán, Giuffrè, 1980.
- TARELLO GIOVANI, *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, Vol I. Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bolonia, 1976.

- TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “La Comunidad Internacional”, en Peters Anne, Aznar Mariano J., et. al. *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- TORRES GUTIÉRREZ, ALEJANDRO, “XIX. La libertad de pensamiento, de conciencia y religión”, en *La Europa de los Derechos*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2005.
- TREVES, TULLIO, “Customary International Law”, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2008.
- , *Diritto Internazionale. Problemi Fondamentali*, Milán, Giuffrè Editore, 2005.
- , *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milán, Giuffrè, 1999.
- TROPER, MICHEL, *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- TULLIO SCOVAZZI, *Corso di Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè, Parte II, 2006.
- TWINNING, WILLIAM, Y MIERS, DAVID, *Come far cose con regole*, Milán, Giuffrè, 1990.
- VATTEL, EMER DE, *Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Volume I, Preliminaires, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.
- VÁZQUEZ, RODOLFO, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Rodolfo Vázquez (ed.), Madrid, Trotta, 2011.
- VIGO, RODOLFO LUIS, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.
- VILLÁN DURÁN, CARLOS, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1ª. reimp., Madrid, Trotta, 2006.
- VILLIGER, MARK E. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Hjhoff Publishers.
- VIRALLY, MICHEL, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- , “Sur la classification des Traités. A propos du projet d’articles de la Commission du Droit International” *Comunicazioni e Studi*, Vol. 13, Milán, 1969.
- VITALE, ERMANNNO, *Derechos y razones*. Lecciones de los clásicos y perspectivas contemporáneas, UNAM, México, 2007.
- VOLPI, JORGE, *El insomnio de Bolívar. Cuatro consideraciones intempestivas sobre América Latina en el siglo XXI*, México, Random House Mondadori, 2010.
- WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- WEST, ROBIN, *Género y Teoría del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- WROBLEWSKI, JERZY, “Creación del derecho e interpretación”, en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1983.
- YOUROV, HOWARD CHARLES, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- ZICCARDI, PIERO, *La costituzione dell’ordinamento internazionale*, (ristampa dell’edizione originaria del 1943), Milán, Giuffrè, 2000.
- ZOLO DANILO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, 4ª. Ed., Milán, Feltrinelli, 2008.
- ZOLO, DANILO, *La giustizia dei vincitori*. Da Norimberga a Baghdad. 2º ed., Roma – Bari, Editorial Laterza, Italia, 1996.

ZOLO, DANILO, "Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali'" en Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, 1999.
ZOLO DANILO, *Los señores de la paz*, Madrid, Dykinson, 2005.

Hemerografía

- AARNIO, A., "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", trad. de José Pedro Úbeda, *Doxa* 4, 1987.
- AGO, ROBERTO, "'Binding' advisory opinions of the International Court of Justice", *AJIL*, July 1991
- , "Science juridique et droit international" *RCADI*, 1956, Vol II, A. W. Sijthoff, Leyde, 1957.
- ALEXY, ROBERT, "La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento", en *Ars Interpretandi*, Anuario di ermeneutica giuridica, 10, 2005, CEDAM, Padova.
- BEDJAOUI, MOHAMMED, "Expediency in the decisions of the International Court of Justice", *BYIL*, 2001.
- Bogdandy armin von, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany" en *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 1, 2006.
- Brown, Chester, "The proliferation of international courts and tribunals: finding your way through the maze", *Melbourne Journal of International Law*, Vol 3, 202, Review Essay.
- BRUNET, PIERRE, "Apspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative", *RGDIP*, 2011 – 2.
- Campbell McLachlan, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005.
- CASTILLA, KARLOS, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, no. 20, 2009.
- CHARNEY, JONATHAN, "The impact on the International Legal System of the growth of international courts and tribunals", *AJIL*, Vol. 31, 1999.
- Cohen – Jonathan, Gérard y Flauss, Jean – François, "Cour européenne des droits de l'homme et droit international general", *Annuaire français de droit international*, XLVIII, 2002, París.
- CORTEN, OLIVIER, "Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne: approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?" *RGDIP*, 2011 – 2.
- Conforti, Benedetto, "Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale", *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, vol. 1., (2007).
- CREMA, LUIGI, "Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)", *EJIL*, Vol. 21, No. 3.
- DISTEFANO, GIOVANNI, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *RGDIP*, 2011 – 2.
- Dubout, Edouard, "Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour Européene des Droits de l'Homme" *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, no. 74, Avril 2008.
- DUPUY, PIERRE-MARIE, "The danger of fragmentation or unification of the International Legal System and International Court Of Justice", *International Law and Politics*, 1999.

- EHRlich, LUDWIK, "L'interprétation des traités", *RCADI*, Vol. 24, IV, 1928.
- Fitzmaurice, Malgosia, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement", *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 10, 2005.
- , "International Protection of the Environment", *RCADI*, Tome 293 (2001), Martinus Nihjoff Publishers, 2002.
- FITZMAURICE, GERALD, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", 33 *BYIL*, 1957.
- Gaja, Giorgio. "Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti", *EJIL*, Vol. 3, 1992.
- Gantz, David, "Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: choice or Forum Opportunities and Risks for the Parties", *American University International Law Review*, 1999.
- Goldman, Matthias, "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law", *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25.
- Green, Craig, "An Intellectual History of Judicial Activism", *Emory Law Journal*, Vol. 58, 2009.
- Gross, L. "The Peace of Westphalia 1648 – 1948", *AJIL*, 42, 1, 1948.
- Herrera Torroja, Helena, "La protección diplomática de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006.
- Commission du droit international* "Guide de la pratique sur les réserves aux traités", *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II(2).
- Jenings, Roberto, "The United Nations at Fifty: the International Court of Justice after fifty years", *AJIL*, July 1995.
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", en *Revista IIDH*, Costa Rica, enero – junio de 1988.
- , EDUARDO "The work and the jurisprudence of the International Court of Justice, 1947 – 1986", *BYIL*, 1988.
- KOSKENNIEMI, MARTTI, "Perceptions of Justice: Walls and Bridges between Europe and the United States", *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, No. 64, 2004.
- Kunz, Josef L., "The United Nations Declaration of Human Rights" en *AJIL*, Vol 43, no. 2.
- LAUTERPACHT, HERSCH, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, Vol. II.
- , "La théorie des différends non justiciables" en *droit international*, *RCADI*, 1930, III, tomo 34.
- MAHONEY, PAUL, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?" *Human Rights Law Journal*, Vol 19, no. 1, 1998.
- MARKS, SUSAN, "International Judicial Activism and the Commodity-Form Theory of International Law", *EJIL*, Vol. 18, no. 1, 2007.
- MCGOLDRICK, DOMINIC, "Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?" *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 3, 2011.
- Mowbray, Alastair, "A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 10, no 2, 2010.

- Mutua, Makau. "Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights" in *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, Winter 2001.
- Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 7, 2007.
- Nordeide, Ragnar, "International Decision Damir v. Turkey", *AJIL*, July, 2009.
- PELLET, ALAIN, "Les techniques interprétatives de la norme internationale", *RGDIP*, 2011.
- Pisillo Mazzeschi, Riccardo, "Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", *RCADI*, Vol. 333, 2008.
- Prebensen, Søren, "The margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention", *Human Rights Law Journal*, Vol 19, No. 1.
- PHILLIMORE, WALTER, G. F., *Droits et devoirs des États*, *RCADI*, Tomo I, 1923.
- Ramadan Hassanien, Mohamed, "Bilateralism and multilateralism: can Public International Law reconcile between them? Real options for further developments in WTO jurisprudence", *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2008.
- Ratner, Steven R., "Regulatory takings in institutional context: beyond the fear of fragmented international law", *AJIL*, Julio, 2008.
- ROMANO CESARE, "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999
- Rousseau, Charles, "De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international", *RGDIP*, vol. 39, T. I., 1932.
- SANTULLI, CARLOS, "Rapport General", *RGDIP*, 2011 – 2.
- Scelle, Georges. "Théorie du gouvernement international", *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1935.
- Schokkenbroek, Jeroen, "The Basis, Nature and Application of the Margin – of – Appreciation Doctrine en the Case-Law of the European Court of Human Rights" *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1.
- SHEN, JIANMING, "National Sovereignty and Humans Rights in a Positive Law Context", *Brooklyn Journal of International Law*, 2002.
- Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, Vol. 17, No. 3, 2006.
- Sweeney, James A., "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2, 2005.
- SPERDUTI, GIUSEPPE, "L'individu et le droit international", *RCADI*, 1956, Vol II, A. W. Sijthoff, Leyde, 1957.
- Waldock, Humphrey, "THIRD REPORT ON THE LAW OF TREATIES", *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II.
- Tobin, John, "Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation", *Harvard Human Rights Journal*, No. 23, 2010.
- Treves, Tullio, "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia" en *EJIL* Volume 20, Number 2, April 2009.

-----, "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999.

-----, "Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer", *RCADI*, Vol. 223, 1990.

TRIEPEL, HEINRICH, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, Vol I, A. W. Sijthoff, Leyde, 1923.

Vallarta, José Luis, "La legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta de las Naciones Unidas o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma in statu nascendi?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008.

VALTICOS, NICOLAS, "L'évolution de la notion de juge ad hoc", *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 1, 1997.

Verdross, Alfred, "La place de la Convention Européene des Droits de l'Homme dans la hierarchie des normes juridiques" *Comunicazioni e Studi*, Vol. 13, Milán, 1969.

DECISIONES JUDICIALES

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE PCIJ / COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE CPJI

PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, August 30th, 1924, Series A, no. 2.

PCIJ, *Case of the S.S. Wimbledon*, 17th August of 1923.

CPJI, *Interprétation de la convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Avis Consultatif du 15 novembre 1932, Opinion dissidente de M. Anzilotti.

CPJI, *Droits de minorités en Haute Silésie (écoles minoritaires)*, Le 26 avril 1928, Recueil des Arrêts.

CPJI, *Interprétation des Arrêts Nos. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, Serie A, No. 13, Le 16 décembre 1927.

CPJI, *Interprétation des arrêts nos. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, Recueil des arrêts, Serie A, No. 13, Le 16 décembre, 1927.

CPJI, *Compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron*, Avis Consultatif du 23 juillet, 1926, Serie B, No. 13.

CPJI, *Affaire de Jaworzina (Frontière Polono – Tchecoslovaque)*, Serie B, No. 8, Avis Consultatif, Le 6 décembre 1923.

CPJI, *Certain German interests in Polish Upper Silesia Case*.

**INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ICJ
/ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE CIJ**

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July, 2012.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, I.C. J., Judgment 3 February 2012.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment of 30 November 2010.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 19 January 2009.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning The Alleged Aerial Spraying by Colombia of Toxic Herbicides Over Ecuadorian Territory (Ecuador vs. Colombia)*, Application of 31 March 2008.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary objections, Judgment of 24 May 2007.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, Judgment, C.I. J. Reports 1994.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran)*, Judgment of 24 May 1980.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning South West Africa*, Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo. Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Cameroon Septentrional*, Preliminary Objections, 1963.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*, Preliminary Objection, Judgment of 18 November 1953.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Haya de la Torre Case (Colombia/Peru)*, Judgment of 13 June 1951.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning Asylum Case (Colombia/Peru)*, Judgment of 20 November 1950.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case concerning The Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, ICJ, Reports 1949.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Arrêt du 20 juillet 2012.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, Arrêt du 3 février 2012.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Affaire relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2009.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Affaire Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Arrêt, I. C. J. Reports 2001.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Opinion Individuelle de M. Bedjaoui. Arrêt, C. I. J. Recueil 1997.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*, Arrêt du 20 février 1969.

COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE, du *Droit de Passage sur Territoire Indien (Portugal c. Inde)*, fond, Arrêt du 12 avril 1960.

**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS TEDH/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT ECHR
/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME CEDH**

TEDH, *Loizidou v. Turkey (Merits)*, sentencia de 18 de diciembre de 1996.

TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 de enero de 1978.

ECHR, *Damir and Baykara v. Turkey*, Grand Chamber, Application no 34503/97, Judgment of 12 November 2008.

ECHR, *Case Leyla Sahin vs. Turkey*, Judgment of 29 June, 2004.

ECHR, *Al – Asdsani vs. United Kingdom*, Judgment of 21 novembre 2001.

ECHR, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, (Application no. 15318/89), Judgment of 23 March 1995.

ECHR, *Handyside Case v. Reino Unido*, Judgment of 7 December, 1976, Serie A, No. 24

ECHR, *Case relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (No. 2) Merits*, Serie A, no. 6, 1968.

ECHR, *Lawless vs. Ireland*, Judgment of 7 April, y Judgment of 1 July, Serie A, nos. 2 y 3.

CEDH, *Affaire Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, Arrêt de 13 juillet 2012.

CEDH, *Affaire Konstantin Markin c. Russie*, Grande Chambre, Arrêt de 22 mars, 2012.

CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, Arrêt, 18 mars, 2011.

CEDH, *Affaire Konstantin Markin c. Russie*, Première Section, Arrêt de 7 octobre, 2010.

CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, (Requête no. 30814/06) Arrêt, 3 novembre 2009.

CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt de 10 avril, 2007.

CEDH, *Affaire Evans c. Royaume-Uni*, Quatrième Section, Arrêt de 7 mars, 2006.

CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 10 novembre, 2005.

CEDH, *Affaire Öneriyildiz c. Turquie*, (Requête no. 48939/99), Arrêt 30 novembre 2004.

CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 29 June, 2004.

CEDH, *Affaire Odièvre c. France*, Arrêt de 13 février, 2003.

CEDH, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, Arrêt de 29 avril, 2002.

CEDH, *Affaire Al-Adasani c. Royaume-Uni*, (Requête no 35763/97), Arrêt 21 novembre 2001.

CEDH, *Affaire Klass et autres c. Allemagne*, (Requête no 5029/71), Arrêt 6 septembre 1978.

CEDH, *Affaire Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Grand Chambre.

[Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros \(Fertilización in vitro\) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.](#)

CORTE IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245.

CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

CORTE IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221.

CORTE IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Serie C, Opinión concurrente de Juez Eduardo Vio Grossi. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

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

CORTE IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220.

CORTE IDH, *Caso Rosendo Cantú y otras Vs. Estado Unidos Mexicanos*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216.

CORTE IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, No. 215.

CORTE IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

CORTE IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205.

CORTE IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009. Serie A, No. 20.

CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186.

CORTE IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, No. 184.

CORTE IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008.

CORTE IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177.

- CORTE IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*,. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 2 de mayo de 2008.
- CORTE IDH, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, No. 169.
- CORTE IDH, *Caso La Cantuta Vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162.
- CORTE IDH, *Caso del Penal Miguel Castro y Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- CORTE IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158.
- CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.
- CORTE IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.
- CORTE IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.
- CORTE IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.
- CORTE IDH, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, No. 118.
- CORTE IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- CORTE IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C, No. 61.
- CORTE IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16.
- CORTE IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, No. 55.
- CORTE IDH, *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Sentencia del 22 de enero de 1999.
- CORTE IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33.

CORTE IDH, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, No. 30.

ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, Informe del Órgano de Apelación, AB-2005-10.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Caso Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland proveniente de México*, Informe del Órgano de Apelación, 2 de noviembre de 1998.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, Informe del Órgano de Apelación, 26 de abril de 1996.

TRIBUNALES ARBITRALES

ARBITRAL TRIBUNAL, *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, 30 April 1990, Volume XX, Reports of International Arbitral Awards, Naciones Unidas, 2006.

ARBITRAL TRIBUNAL, *“Island of Palmas case”*, (Netherlands, USA), 5 de abril de 1928, Reports of International Arbitral Awards, Volumen II.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL MAR

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d’activités menées dans la zone*, Avis consultatif, le 1er. Février 2011.

DECISIONES INTERNAS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Expediente Varios 912/2010, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Amparo en Revisión 815/2006, Quejosa: Almidones Mexicanos Sociedad Anónima de Capital Variable, Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo, 2007.

Voto particular que formula el ministro José Fernando Franco González – Salas, en el amparo en revisión 815/2006 promovido por Almidones Mexicanos, Sociedad Anónima de Capital Variable.

Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con el amparo en revisión 120/2002, quejoso Mc.Cain México Sociedad Anónima de Capital Variable.

Voto particular que formula el ministro Juan N. Silva Meza en relación con el Amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc.Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis P.LXXVII/99.

SITIOS WEB

<http://www.zenit.org/article-29769?l=english>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CIDH.

COMISIÓN IDH, *Santiago Marzioni contra Argentina*, 15 de octubre de 1996, Caso 11.673, Report No. 39/96.