



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO

LA NATURALEZA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS Y SU VINCULATORIEDAD EN EL ÁMBITO ESTATAL DOMÉSTICO
LAS IMPLICACIONES DEL CASO RADILLA EN EL DERECHO INTERNO MEXICANO

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
OMAR MORENO HIDALGO

TUTOR PRINCIPAL DR. DANIEL MÁRQUEZ GÓMEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
DR. MANUEL BECERRA RAMÍREZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM
DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

CIUDAD DE MÉXICO ENERO 2018



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.

ÍNDICE

Introducción.....	p.7.
Capítulo I.- Antecedentes.....	p.14.
1.0.- La situación de los derechos humanos en dos regiones del mundo.p.	14.
1.1. ¿A qué obedece que tomemos como puntos de partida para el análisis los casos de México y el Reino Unido?.....	p.20.
1.2.- Al-Skeini vs Reino Unido.....	p.22.
1.3.- Al- Jedda vs Reino Unido.....	p.27.
1.4.- La tradición del common Law.....	p.29.
1.5.- La tradición mexicana.....	p.34.
1.6.- Acercamiento de las tradiciones del common law y del derecho romano germánico.....	p.37.
1.7.- Las Características de los Derechos Humanos.....	p.40.
1.8.- Derechos Humanos como parte de la costumbre internacional.....	p.69.
1.9.- Derechos Humanos como principios generales del derecho.....	p.69.
1.10.- Nuevo paradigma.....	p.70.
1.11.- Crítica a los derechos humanos.....	p.77.
Capítulo II. La interpretación de una sociedad justa y su relación con el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla, respecto a la afirmación de que la Corte Interamericana es el intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	p.89.
1.0.- Planteamiento General.....	p.89.
2.0.- Visiones de una Sociedad Justa.....	p.93.

2.1.- La Idea de Justicia en la Antigüedad.....	p.94.
2.1.1.- La Idea de la Justicia en Platón.....	p.94.
2.1.2.- La Idea de Justicia en Aristóteles.....	p.99.
3.0.- Transición de la Idea de la Justicia Antigua a la Moderna.....	p.104.
3.1.- El contractualismo.....	p.105.
3.1.1.- John Locke.....	p.105.
3.1.2.- Jean Jacques Rousseau.....	p.109.
3.1.3.- Immanuel Kant.....	p.112.
3.2.- El Utilitarismo.....	p.121.
3.2.1.- Adam Smith y La Teoría de los Sentimientos Morales.....	p.121.
3.2.2.- David Hume y la Investigación sobre los Principios de la Moral...p.126.	
3.2.3.- John Stuart Mill. El Utilitarismo.....	p.132.
3.2.4.- Hegel y su Filosofía del Derecho.....	p.140.
4.0.- Visiones de la Sociedad Justa Contemporánea.....	p.142.
4.1.- John Rawls. Teoría de la Justicia.....	p.142.
4.2.- Amartya Sen, la crítica a John Rawls en su libro La idea de la Justicia.....	p.168.
5.0.- Comparación entre las Teorías Convencionalista y Utilitarista.....	p.178.
5.1.- El carácter de las Opiniones Consultivas y su vínculo con la comparación del plano teórico.....	p.180.

Capítulo III.- La naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su carácter vinculante en el ámbito estatal doméstico.....	p.199.
1.0.- Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos...p.199.	
1.1.- Génesis del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	p.201.
1.2.- Los Tratados Internacionales.....	p.212.
1.3.- La costumbre Internacional.....	p.218.
1.4.- Los principios generales de derecho.....	p.221.
1.5.- La doctrina.....	p.223.
1.6.- Ex aequo et bono.....	p.225.
2.0.- Análisis de los elementos que conforman la jurisprudencia.....	p.227.
2.1.- Las Medidas provisionales en la Corte Internacional de Justicia.....	p.240.
2.2.- Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Medidas Cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	p.242.
2.3.- Medidas Provisionales a nivel de los Comités de las Naciones Unidas.....	p.251.
2.4.- La supervisión de cumplimiento.....	p.255.
2.5.- Grado de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	p.257.
3.0.- El caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	p.266.
4.0.- Comparación entre las opiniones consultivas y las sentencias en el Derecho Internacional. Semejanzas y Diferencias.....	p.268.

4.1.-El contenido de las opiniones consultivas como guía para la actuación.....	p.272.
4.2.- Las sentencias y las opiniones consultivas en su carácter de fuente de derecho internacional como parte de las decisiones judiciales.....	p.276.
4.3.- El carácter de fuente de Derecho Internacional atribuido a las opiniones consultivas.....	p.278.
4.4.- El carácter vinculante de las opiniones consultivas y de las sentencias.....	p.280.
4.5.- El carácter de parámetro de las opiniones consultivas y de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.....	p.284.
5.0.- La jurisprudencia interamericana.....	p.285.
5.1.- Crítica a la naturaleza jurídica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorga a su jurisprudencia.....	p.296.
6.0.- La Jurisprudencia Internacional.....	p.298.
7.0.- Control de Convencionalidad.....	p.317.
8.0.- Integración de los capítulos previos.....	p.327.
Capítulo IV.- Las implicaciones del caso Rosendo Radilla en el derecho interno mexicano.....	p.333.
1.0.- La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos (artículo primero).....	p.333.
2.0.- El Caso Radilla Pacheco.....	p.242.
3.0.- Decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los expedientes varios 489/2010 y varios 912/2010.....	p.353.

4.0.- Implicaciones posteriores en el derecho mexicano a la decisión de la SCJN en el expediente varios. Contradicción de tesis 293/11. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer Circuito y el séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.....	p.363.
5.0.- Contradicción de Tesis 299/2013.....	p.385.
6.0- Expediente Varios 1396/2011, relacionado con el cumplimiento en el ámbito del Poder Judicial de la Federación (PJF) de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos de Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega.....	p.390.
7.0- Acción de Inconstitucionalidad 75/2015.....	p.392.
8.0.- Contradicción de Tesis 37/2015.....	p.394.
9.0.- El Caso Radilla Pacheco en relación con dos sentencias similares decididas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	p.396.
10.0.- Vinculación de la jurisprudencia interamericana en el derecho interno mexicano.....	p.408.
Conclusiones.....	p.415.
Bibliografía.....	p.423.

INTRODUCCIÓN

A partir de la emisión de la resolución del caso Radilla Pacheco por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 y el cumplimiento que a la misma debía dar el Poder Judicial de México al referido fallo, en nuestro país, se comenzó a hablar de la recepción de las sentencias emitidas al interior del sistema interamericano, de su efecto vinculante y qué resoluciones del referido sistema debían ser obligatorias.

Para el sistema jurídico mexicano esto era una novedad, ya que no se tenía un antecedente de que un tribunal internacional ordenara la aplicación de su jurisprudencia, incluyendo las resoluciones en las cuales México no hubiese sido parte del conflicto, con lo cual, la Corte Interamericana reafirmaba dicho criterio, tal como lo habría hecho en otros casos con países diferentes.

Con motivo de ello, se consideró que estaba operando un cambio de paradigma en el sistema jurídico mexicano. Es decir, antiguos dogmas inamovibles en el derecho mexicano, como la negativa a aplicar el control difuso de constitucionalidad, cayeron para garantizar el respeto a los derechos humanos. Lo que implicaba que el sistema jurídico mexicano adoptara, bajo el cobijo de la nueva reforma constitucional en materia de derechos humanos, un esquema en el cual el sistema girara en torno a los derechos humanos, con un énfasis especial en la jurisprudencia emitida en el sistema interamericano.

Teniendo como preámbulo lo antes señalado, resulta pertinente preguntar: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la jurisprudencia interamericana? ¿Cómo se integra? ¿De dónde proviene su fuerza vinculante? y ¿Cuáles fueron las repercusiones del caso Radilla en nuestro país? La respuesta a estas preguntas permitirá determinar si se ha cumplido la resolución del caso Radilla en lo que se refiere a la adopción de la jurisprudencia del sistema interamericano y, por otra parte, si las sentencias que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estos temas,

efectivamente, cumplen con los estándares señalados por el propio sistema regional.

Para llegar a ese resultado, se abordará el papel de la interpretación, a través de dos posturas filosóficas, nos referimos al contractualismo y al utilitarismo, que dominan el panorama de la Convención Americana y que tienen su claro reflejo en la jurisprudencia del sistema interamericano. Con el análisis de dichas posturas, observaremos si el pretendido carácter unificador de los derechos humanos es congruente dentro del propio sistema interamericano, para de ahí concluir si es posible a nivel nacional llegar a una armonía que garantice el respeto de los derechos humanos. Observaremos cómo las posturas filosóficas que conviven en el sistema de derechos humanos, contractualismo y utilitarismo, reflejan una tensión que impacta en la jurisprudencia y que, como consecuencia, se trasladaría al sistema nacional.

Para contestar a lo anterior, debería demostrarse que lo que ocurre al interior de los tribunales internacionales puede encontrar un espejo en los sistemas jurídicos nacionales, es decir, el modo en que la interpretación que se origina en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se replica al interior de los países, a través del denominado control de convencionalidad, lo que conlleva introducir los problemas de dichos sistemas al ámbito jurídico nacional.

De esta manera, tomaremos como hipótesis que si México al autorizar el control de convencionalidad y el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana, para dar cumplimiento al caso Radilla, entonces esto se traduciría en un efectivo cumplimiento de la sentencia de mérito y del compromiso de México para proteger los derechos humanos a nivel internacional.

Como objetivos generales observaremos si la autorización del control de convencionalidad por parte de autoridades locales implica la aplicación de criterios emitidos en una jurisdicción internacional y los elementos que la conforman, ello podría traer aparejado una colisión entre los criterios nacionales y los internacionales, con lo cual se verificará si en efecto se está dando un

cumplimiento al caso Radilla emitido por la Corte Interamericana y, si con ello la naturaleza de la jurisprudencia interamericana ha sido adoptada a plenitud, tal como lo mandata la Corte Interamericana. Lo que necesariamente implicaría el análisis de la jurisprudencia interamericana con el resto de la jurisprudencia internacional, y verificar si la misma respeta el principio de la relatividad de las sentencias, reconocido a nivel internacional o lo excede.

Como complemento de los objetivos generales, verificaremos de manera particular sí el modelo de administración de justicia tiende a parecerse al anglosajón, esto se traducirá en la adopción de una, visión filosófica y modelo jurídico que en México no tenía cabida, es decir, el control difuso.

Si ante la obligación de velar por el respeto de los derechos humanos, vista desde una perspectiva histórica, esto significará la introducción de un nuevo paradigma en el derecho mexicano y, que ello conllevará a la adopción de una visión dominante del derecho o bien, no tendrá ese significado y alcance por tratarse de cuestiones que no difieren del derecho general.

Si con la aprobación de las últimas reformas constitucionales en materia de derechos humanos se señalan nuevas facultades a las autoridades jurisdiccionales para el efectivo cumplimiento de la protección de los derechos humanos, entonces necesariamente dichas reformas se traducirán en un cambio en la jerarquía, interpretación e integración de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia dictada por los organismos internacionales de carácter jurisdiccional en materia de derechos humanos y las normas a nivel constitucional.

Si cambia la manera de administrar justicia en México, a través del control de convencionalidad, entonces se necesitarán delimitar nuevos principios para el acatamiento de parámetros internacionales de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, se ha estructurado el presente trabajo en cuatro capítulos. En los cuales se abordan el sistema jurídico, la postura filosófica, la naturaleza de la

jurisprudencia interamericana y su carácter vinculante, finalmente, el caso Radilla en el sistema jurídico mexicano.

El primer capítulo se aborda desde una perspectiva del sistema jurídico, partimos del supuesto de que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como pretensión unificar la interpretación de los derechos humanos, lo cual se logra a través de la jurisprudencia y su réplica al interior de los países, para destacar lo anterior se analizarán los casos de México y del Reino Unido, dos países que, a pesar de contar con sistemas jurídicos diferentes atravesaron por una situación similar en cuanto a la adopción de criterios provenientes de sus respectivos tribunales regionales protectores de derechos humanos. Con lo cual aspiramos a observar si el derecho internacional de los derechos humanos en efecto puede unificar incluso sistemas jurídicos tan diferentes como el mexicano o el británico. De existir ese fenómeno mundial, se demostraría que prevalece una visión general del derecho.

En lo que se refiere a los derechos humanos en nuestro país se habla de un nuevo paradigma, por lo que, para poner a prueba esa afirmación, se observará si las características de los derechos humanos difieren de aquellas del derecho en general. Si existen esas diferencias, entonces estaremos ante un nuevo paradigma, de lo contrario, si no existen diferencias estaremos ante las características propias del derecho. Lo cual podría significar que no hay ningún nuevo paradigma y que la posible fuerza expansiva de los derechos humanos, que impulsan los principios *pro persona* y *de conformidad* no hacen más que limitar la interpretación, sin una posible ampliación con mayor protección en lo general, pues podría estar condicionada por los derechos *ius cogens*, es decir, un limitado grupo de derechos que alcanzan el estatus de inderogables, excluyendo como consecuencia al resto.

Lo cual, se confirmará o refutará en el capítulo segundo, mediante el análisis del contractualismo y el utilitarismo y en el capítulo tercero se analizará su papel en la aplicación del control de convencionalidad. Así, en el capítulo segundo se abordará el análisis de las posturas filosóficas, contractualismo y utilitarismo,

mismas que se eligieron porque sus postulados están plasmados en la Convención Americana de Derechos Humanos y, por extensión, en la jurisprudencia interamericana. Lo cual se traduce en una tensión o lucha interna en el propio sistema de derechos humanos, ya que tienen puntos de encuentro, en principio irreconciliables, respecto de los cuales oscila la interpretación en torno a ideas como el bien común, la felicidad, la igualdad, la dignidad humana, el carácter absoluto de los derechos y su posible derogación en beneficio de la comunidad.

Teniendo en mente lo antes mencionado, realizamos un análisis de dichas teorías filosóficas a fin de identificar de las mismas el contenido que anima a los derechos humanos; para proceder a observar su reflejo en las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana. Con ello analizar los elementos que van conformando la jurisprudencia interamericana, ya que dicho contenido fue señalado en las opiniones consultivas, así como la cuestión sobre el autonombramiento de la Corte Interamericana como último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para el contraste entre el contractualismo partiremos de autores como John Locke, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant y John Rawls, en tanto, por el lado los utilitaristas se cita a Adam Smith, David Hume, John Stuart Mill y Amartya Sen.

Mediante la identificación de los principios en conflicto que conviven en las teorías filosóficas y lo sustentado por la Corte Interamericana, también se observará la existencia de principios comunes entre el contractualismo y el utilitarismo, como aquél que señala que “quien quiere el fin quiere los medios”, el cual suponemos tendrá una función especial en el ámbito de los derechos humanos, pues facultará por su intermediación el uso de diversos tipos de fuentes para la interpretación de los derechos humanos, el cual será retomado en el capítulo cuarto para su utilización en el análisis de la reforma constitucional y lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la obligatoriedad y carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana y observar si existe alguna garantía asociada al mismo dentro del artículo primero constitucional.

Este análisis resulta relevante en la identificación de los elementos que conforman la jurisprudencia del sistema interamericano, con lo cual se podrá identificar la naturaleza de la misma y su efecto vinculante.

En el capítulo tercero, se hace una referencia a las fuentes del derecho internacional, para retomar dicho análisis en el capítulo cuarto a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, concretamente por lo que hace al artículo 1º constitucional. Asimismo, se analizan los elementos que conforman la jurisprudencia del sistema interamericano, a fin de identificar qué los une, de dónde proviene su obligatoriedad, analizar si la jurisprudencia interamericana es diferente de aquella sustentada por la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Africana, la Corte Penal Internacional y los Comités de las Naciones Unidas. De éste análisis podremos concluir si existe una jurisprudencia uniforme en el ámbito de los derechos humanos. Siendo la subsidiariedad el elemento que podría guiar el elemento que distingue a la jurisprudencia interamericana de otras. Asimismo, supondría la existencia de un precedente internacional. De igual modo, se explora de dónde surge el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana y el papel del control de convencionalidad a la luz de lo señalado en el capítulo segundo.

En el capítulo cuarto, bajo la guía del principio que señala “quien quiere el fin quiere los medios”, retomando el análisis de las fuentes del derecho internacional, se contrasta el mismo con el contenido del artículo primero de la Constitución, formulando la pregunta ¿Qué efecto tienen las fuentes del derecho internacional público en la reforma constitucional? Al tiempo que se interroga si existe alguna garantía de fuentes contenida en el artículo primero constitucional y cómo se puede llegar a dicha instancia, así como observar si dicho contenido expande la protección de los derechos humanos, y si las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación restringió ese carácter expansivo de los derechos, ya que con ello se supondría la búsqueda de la fuente más favorable tanto para la interpretación como para la aplicación.

Una vez que se cuenta con los elementos anteriores, éstos se utilizarán para el análisis del caso Radilla Pacheco y sus consecuencias en el ámbito interno, a fin de observar si lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia ha sido apegado a la jurisprudencia del sistema interamericano.

En ese sentido, una posible aportación del presente trabajo consistirá como parte de la identificación de las posibles consecuencias derivadas de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación –expediente varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/11- analizar si la interpretación llevada a cabo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación vedó al intérprete interno la utilización de las fuentes del derecho internacional, si existe algún modo de aplicar las mismas por otras vías; como parte del análisis filosófico que se propone, observar si el carácter *ius cogens* de algunos derechos, refleja el principio utilitarista de la justicia, y si ello limita la expansión de la interpretación más favorable en materia de derechos humanos, para que derechos de tipo económico, social o cultural logren una expansión más vigorosa; si en ese camino, en el artículo primero constitucional puede existir algo que se pueda denominar garantía de fuentes y, finalmente, concluir si con dichos fallos, el Estado mexicano ha dado cumplimiento a la sentencia del caso Radilla, si el mismo pone en incumplimiento al Estado mexicano, si se adopta a plenitud la jurisprudencia interamericana o no.

Capítulo I.- Antecedentes

1.0.- La situación de los derechos humanos en dos regiones del mundo

La presente investigación se enfoca en las sentencias, opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisiones de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque –en nuestra opinión provisional— las mismas reflejan la naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Para estar en aptitud de determinar la naturaleza de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, se requiere señalar cuál es la diferencia o qué une a las diversas decisiones que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo son las sentencias, las opiniones consultivas, las medidas provisionales y la supervisión de cumplimiento de sus sentencias, más allá de su carácter de autoridad señalado por la misma Corte en su opinión consultiva de 2005 sobre la pena de muerte.

Comenzaremos refiriendo al conjunto de elementos que conforman la jurisprudencia que la propia Corte Interamericana ha proclamado, es decir, las medidas provisionales, las sentencias, las opiniones consultivas y las supervisiones de cumplimiento para enseguida hacer lo propio respecto de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, por lo que hace a las opiniones y sentencias, así como a las medidas provisionales, de dicho organismo jurisdiccional, para finalmente determinar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y destacar si ésta puede desarrollar una jurisprudencia diferente a la emitida por la Corte Internacional de Justicia; y, qué papel le otorga a la relatividad de las sentencias.

Además, realizaremos una comparación entre la jurisprudencia interamericana y aquella de la Corte Europea de Derechos Humanos, también, en algunos aspectos con la de la Corte Penal Internacional, y reflexionar sobre la interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Comités de las Naciones Unidas y finalmente de la Corte Africana de Derechos Humanos, con

la finalidad de señalar si existe una jurisprudencia de carácter internacional y en segundo lugar para desentrañar la naturaleza de la jurisprudencia interamericana.

Asimismo, efectuaremos un análisis de dicha naturaleza jurídica, desde una aproximación filosófica, para poder determinar si la jurisprudencia del sistema interamericano viene a ser un referente que aspire a la realización de los derechos humanos. A partir de dicho análisis, identificaremos los principios característicos de las visiones contractualista y utilitarista, a fin de contrastarlos con aquellos que conviven en el ámbito interamericano, entiéndanse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que han sido interpretados en la jurisprudencia interamericana, a efecto de analizar el papel del control de convencionalidad, para advertir si su efecto protector corresponde a un enfoque expansivo de derechos o por el contrario se reserva a una esfera acotada de prerrogativas.

La idea rectora es disertar sobre la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, destacando su carácter vinculante en el ámbito doméstico o interno de los Estados, de manera particular abordaremos las implicaciones del caso “Rosendo Radilla” en el derecho interno mexicano.

Para contextualizar lo anterior, en este capítulo, como marco de referencia, abordaremos el estado actual que guardan los derechos humanos a partir de los cambios que se han venido generando en dos países con sistemas jurídicos opuestos: México y el Reino Unido, para comparar el presente y pasado de los derechos humanos, dimensionar su estado actual y características, ya que esto englobaría la idea del cambio de paradigma en el derecho mexicano, que va de una postura positivista a una naturalista de derechos humanos.

Una vez hecho lo anterior, cabe realizar una reflexión respecto a si los derechos humanos son un nuevo paradigma en el derecho mexicano. Al respecto, efectuaremos un breve repaso histórico del movimiento de los derechos humanos, a partir de sus orígenes, para analizar si se trata de una novedad o de una ambivalencia en el derecho, al interior del cual conviven posturas contrarias en

torno de las cuales oscilan las interpretaciones legales, que trascienden el mero ámbito legal y hunden sus raíces en visiones filosóficas en pugna sobre dos visiones que disputan la forma de interpretar el derecho y su aplicación como lo son el contractualismo y el utilitarismo, ya que la historia puede mostrarnos si se trata de un movimiento cíclico o de un verdadero paradigma sin precedente, lo cual nos pudiera conducir a tener una expectativa sobre la introducción de los derechos humanos en México.

La metodología que utilizaremos, consistirá en partir como supuesto, de la meta que se ponía el principio de la gran unificación de las matemáticas, que en este caso, harán las veces de tal los derechos humanos, es decir, los derechos humanos tendrán en el campo del derecho la pretensión de unificarlo, sin importar el sistema jurídico al que se pertenezca, si se trata del sistema universal o regional de protección de los derechos humanos, todo ello a través de la interpretación que desarrollan los aplicadores finales del derecho, entiéndase las diversas instancias que cuentan con competencia para la aplicación de estos derechos humanos a nivel internacional y cuyas decisiones finales cobrarán aplicación obligatoria en los países contra los cuales se emite un fallo, así como contra aquellos que no formaron parte de un proceso ventilado en su contra o incluso el carácter vinculante de aquellas decisiones en las cuales no existe un conflicto, como lo serían las opiniones consultivas. Es decir, por este medio, se observará si la decisión final de dichas instancias internacionales con facultades de interpretación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos puede hacer posible llegar a una interpretación única, que deberá ser replicada en los países y que se erige como interpretación última.

Para ello, se abordará la situación actual por la que están pasando esos dos países (México y el Reino Unido) que se han visto involucrados en cambios mayores en sus sistemas jurídicos, como resultado de la recepción de las normas de carácter internacional en materia de derechos humanos, a fin de observar el fenómeno de recepción del derecho internacional de los derechos humanos y su trascendencia en la vinculación de dicho derecho en el ámbito nacional. Éste,

tendrá su consecuencia en la negativa o positiva recepción de los derechos humanos.

El presente capítulo inicia con tres preguntas o hipótesis, aparentemente sin conexión, cuya finalidad es dejar sentadas las bases para la continuación del estudio que se propone: ¿En qué se parecen los sistemas jurídicos de México y el del Reino Unido?; ¿Cuáles son las características de los derechos humanos?; ¿Qué tiene que ver el principio de la gran unificación de las matemáticas con el derecho? De guardar alguna relación, ¿en qué consistiría o cuál sería su función en el derecho?; considerando que en matemáticas, la gran unificación tuvo lugar con la resolución del último teorema de Pierre Fermat¹ y que se encontraba conectada con el denominado programa Langlands, consistente en lo siguiente:

“Durante los años sesenta, Robert Langlands², que trabajaba en el Institute for Advanced Studies de Princeton, quedó impresionado por la potencia de la conjetura Taniyama-Shimura. Incluso aunque la conjetura aún no había sido demostrada, Langlands creía que era sólo un elemento de un esquema mucho mayor de unificación. Confiaba en que existieran nexos entre las principales áreas de las matemáticas y se puso a buscar esas unificaciones. En unos pocos años empezaron a aparecer los nexos. Todas esas otras conjeturas de unificación eran mucho más débiles y especulativas que la de Taniyama –Shimura, pero formaban una intrincada red de conexiones hipotéticas entre varias áreas de las matemáticas. El sueño de Langlands era ver cada una de esas conjeturas demostradas una por una y que ello llevara a una gran unificación de las matemáticas.”³

Un punto clave del Programa Langlands es la idea de simetría que predice una correspondencia entre dos clases importantes de objetos asociados a un campo numérico⁴. Así, la idea de Robert Langlands consiste en aplicar la simetría en el

¹ El teorema afirma: Si n es un número entero mayor que 2, entonces no existen números enteros positivos x , y , z , tales que se cumpla la igualdad: $x^n + y^n = z^n$. Lo enunció Pierre de Fermat en 1637 y fue resuelto por Andrew Wiles, con la ayuda de Richard Taylor en 1995.

² Impulsa el llamado “Programa Langlands” que busca la “Teoría de la Gran Unificación” de las matemáticas, que busca conexiones entre “campos matemáticos”, como el álgebra, la geometría, la teoría de números, el análisis armónico y la física cuántica, a lo que se considera “continentes” de un mundo oculto de las matemáticas.

³ Singh, Simon, *El enigma de Fermat*, trad. David Galadí y Jordi Gutiérrez, España, Editorial Planeta, 2003, p. 195. También se alude a la conjetura inicial, como “conjetura Taniyama-Shimura-Weil”.

⁴ Valencia Bucio, Miguel Ángel, Sobre el Programa de Langlands para Campos Numéricos, tesis para obtener el grado de maestro en ciencias en la especialidad de matemáticas, dir. Dr. José Martínez Bernal, México, Centro de Investigación y Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 2014, p.iv.

campo de los números o “grupos de Galois” al análisis armónico o “funciones automorfias” (seno y coseno), demostrando sus relaciones y que podemos extraer de estos campos toda la información necesaria acerca de los números, lo que ayuda a organizar datos aparentemente caóticos de la teoría de números.⁵

Lo anterior podría inspirar la búsqueda de una teoría de la unificación en el campo jurídico, que nos permita conciliar los derechos humanos con el sistema jurídico general. Con pretensiones menos ambiciosas, un primer paso sería despejar la interrogante sobre cuál es el lugar del conjunto de todos los derechos humanos en un sistema jurídico determinado.

No debemos olvidar que éstos, al poseer el carácter de norma superior respecto de otras leyes secundarias, trae como consecuencia o que los mismos deban prevalecer en todas las áreas del derecho; o que por el contrario dominarán sólo ciertas normas dentro de los derechos humanos, es decir, aquellas que poseen el carácter *ius cogens*, mismas que al formar parte de los derechos humanos, y que adquieren, por virtud de ese status, un lugar preponderante respecto del conjunto de “todos” los derechos.

En el primer supuesto, como el derecho posee grados de especialidad material, se aplican principios independientes entre sí, como por ejemplo, el principio de estricto derecho que posee preeminencia en el derecho civil y en el derecho administrativo, no sólo en su aspecto sustantivo sino también adjetivo⁶, o principios como el que prohíbe la analogía en materia penal, o el que permite aplicar las costumbres mercantiles en el derecho comercial, y muestra, como paradoja que existe cierto desdén hacia ciertas fuentes del derecho como la costumbre, no sólo a nivel nacional, sino también internacional.

⁵ Véase: *El programa langlands y las conexiones ocultas*, en: <http://ramanujan25449.blogspot.mx/2016/01/el-programa-langlands-y-las-conexiones.html>, consultado el 18 de julio de 2016.

⁶ Con motivo del 50º aniversario del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, en una ponencia dictada, el 5 de junio de 2013, por el Ministro Mario Jorge Pardo Rebolledo, señaló que un juez consideró que el plazo de 5 días para la presentación de una demanda, el ministro no mencionó en que materia, había sido considerado contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que para el no debía ser así, en razón de que la otra parte también tenía la expectativa de que el plazo se considerase extemporáneo y como consecuencia se tuviera la demanda por no presentada.

En el segundo supuesto tendríamos dos órdenes divorciados entre sí: el superior o de los derechos humanos, y el inferior o de las leyes secundarias, con la agravante que encontraríamos grados de inferioridad, como son: la relacionada con los tratados internacionales, las leyes federales, las constituciones locales, las leyes locales, los reglamentos, etc.

Lo anterior nos lleva a las siguientes preguntas: ¿en lo que refiere a los derechos humanos es posible una única respuesta correcta o una única interpretación posible?, suponiendo que se respondiera afirmativamente a la primera pregunta: ¿en qué casos sí, en cuales no?, atendiendo a la división regional de los derechos humanos: ¿en qué niveles nacional, internacional o regional?, o es necesario cuestionarnos: ¿todos los derechos humanos deben poseer carácter de *ius cogens*? ¿Existe un número finito de derechos humanos o por el contrario son infinitos, es decir, continuarán creciendo conforme surjan nuevas situaciones de hecho? ¿Esa última circunstancia –infinitos derechos humanos— no implicaría un sistema jurídico caótico, en expansión continúa?

Por lo anterior podemos mencionar que existe un vacío en la teoría que analice las cuestiones antes referidas. En el derecho en general se debate entre la necesaria apertura total a la nueva tendencia de los derechos humanos, lo que provoca un choque con las estructuras legales previamente establecidas. Ante la falta de claridad se desconoce qué camino seguir, además, representa una lucha política sobre la visión o camino que se debe seguir en el derecho, si una apegada a la ideología liberal o a una de carácter conservador.

Nuestra investigación, que interroga sobre los sistemas jurídicos de México y el Reino Unido, pretende determinar si existe un fenómeno que sea capaz de unificar sistemas jurídicos diversos, con tradiciones opuestas y principios de creación del derecho, igualmente, divergentes, en el ámbito de lo que se denomina derechos humanos, si es que dicho fenómeno existe, abordando de manera complementaria, así como su pretensión de universalidad, las pruebas con qué se cuenta, los hechos que los han motivado, si son una constante mundial o regional, cuáles son sus fuentes de creación y su papel en el mundo globalizado.

En el supuesto de que obtengamos respuestas positivas a estas preguntas, en sus vertientes teórica y práctica, habremos demostrado la conciliación de los derechos humanos con el sistema jurídico general, lo que implica el dominio de una visión del derecho, es decir, el triunfo del derecho internacional público, en especial de los derechos humanos, sobre los sistemas nacionales e incluso sobre tradiciones jurídicas distintas. Por lo anterior, los derechos humanos podrían constituir una teoría de la gran unificación en el derecho.

Lo que nos permite plantear al nivel de hipótesis la idea de que posiblemente nos estamos aproximando a la existencia de un derecho único a nivel mundial, con la posibilidad de hacer prospectiva sobre lo que ocurrirá en el terreno regional, así como en el ámbito interno del Estado-Nación en caso de que este supuesto sea verdadero.

1.1. ¿A qué obedece que tomemos como puntos de partida para el análisis los casos de México y el Reino Unido?

Para responder a la pregunta que sirve de título a este párrafo, afirmamos que la razón es que en el ámbito internacional ambos países presentan ciertas similitudes, ya que tanto México como el Reino Unido forman parte de la Organización de las Naciones Unidas; han suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos jurídicamente vinculantes; son miembros de organismos jurisdiccionales protectores de los derechos humanos en sus respectivas regiones; las sentencias dictadas por dichos organismos los vinculan y los obligan a cumplir con dichos fallos, sin importar las disposiciones de su derecho interno. Asimismo, ambos países están atravesando por una redefinición de sus sistemas legales, a partir de las sentencias dictadas por el organismo jurisdiccional respectivo para la defensa de los derechos humanos a nivel regional.

Un poco de historia puede ser útil, así nos preguntamos ¿cómo comenzaron dichos cambios en el Reino Unido y en México? Comenzaremos por la historia reciente. Recordemos que el Reino Unido formaba parte de la Unión Europea, (faltaría observar qué tipo de relación tendrá en el futuro) la cual tiene sus

orígenes en los llamados de Winston Churchill para la creación de los Estados Unidos de Europa. El 9 de mayo de 1950, se emite la “Declaración Schuman”, que buscaba potenciar el desarrollo de Francia, devastada por la Segunda Guerra Mundial y que los recursos de la región del Rhur, en Alemania, fueran administrados por una autoridad común.

Lo anterior sienta las bases de la futura integración Europea. Así, la “Declaración Schuman” se incluye en el Tratado de Paris de 18 de abril de 1951, que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, países que, posteriormente, suscribirían los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957, que contienen los fundamentos de una mayor cooperación europea en cuestiones económicas y desarrollo social, a través de la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom).

Es importante mencionar que el Reino Unido realizó gestiones de ingreso a la CEE el 9 de agosto de 1961 y el 11 de mayo de 1967, en ambos casos se negó su ingreso por la oposición del presidente francés Charles de Gaulle, en 1969 se reactivaron las negociaciones, con lo cual se uniría a dicho Tratado el 1° de enero de 1973.

Como indican Jacqueline Martin y Chris Turner, con la creación de órganos europeos como el Consejo de Europa en 1949 se perseguían el objetivo y modelo siguientes:

“...de armonización de la postguerra a través de Europa. El Consejo aceptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como modelo para la Carta Europea de Derechos Humanos. La Convención Europea de Derechos Humanos entró en vigor el 3 de diciembre de 1953, se trata de un tratado vinculante para todos los signatarios conforme al derecho internacional.”⁷

⁷ Martin, Jacqueline, Turner Chris, *Constitutional and Administrative Law*, Hodder Arnold, United Kingdom, 2006, p. 97.

A efecto de proveer el debido ejercicio de los derechos enunciados en la Convención, posteriormente se estableció la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyos fallos son obligatorios para los países miembros.

Desde la entrada en funcionamiento de la Corte Europea se han venido dando una serie de fallos en contra del Reino Unido que han significado un cambio en la forma tradicional en la cual se concibe el derecho en ese país.

En el año 2012, como consecuencia de los referidos fallos, el entonces Primer Ministro David Cameron cuestionó la permanencia del Reino Unido en la Corte Europea de Derechos Humanos: supeditándola a que la Corte fuera reformada de modo tal, que se mejorara la postulación de jueces, con criterios claros sobre procedimientos de selección; reforzamiento del principio de subsidiaridad, consistente en que la responsabilidad primaria para la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos de los Estados corresponde a los gobiernos nacionales; finalmente, evitar que la Corte se convierta en una cuarta instancia. En razón de lo anterior, señaló la necesidad de desarrollar un filtro, con criterios de admisibilidad bien delimitados para que la Corte conozca, únicamente, aquellos casos que realmente sean trascendentes y no meros asuntos triviales, que lo único que provocan es un rezago; ligado a lo anterior, afirmó que se debe enfocar la resolución de los asuntos en los Estados que cuentan con un historial en contra de la protección de los derechos humanos, no en países como Francia, Reino Unido y Alemania. Más adelante se comentará brevemente algo sobre el *Brexit*.

El contexto de la propuesta son las resoluciones que la Corte Europea habría resuelto en los casos *Al-Skeini* y *Al-Jedda*, trascendentes para el sistema jurídico inglés, como detallamos a continuación:

1.2.- *Al-Skeini vs Reino Unido*

Al respecto debemos proporcionar un breve contexto. De acuerdo al fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, los solicitantes, en este caso, seis personas de nacionalidad iraquí, alegaban que sus familiares habían caído dentro de la jurisdicción del Reino Unido, durante la invasión a Irak por una fuerza

multinacional, cuando fueron muertos, sosteniendo que no se había llevado a cabo una investigación efectiva sobre sus muertes, en violación al artículo 2 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El origen de la queja proviene de que con fecha 8 de noviembre de 2002, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la *resolución 1441*, otorgaba a Irak una última oportunidad para cumplir con su obligación de desarmarse y someterse a un régimen de inspección, concluyendo con la advertencia de que Irak sufriría graves consecuencias de continuar con su actitud poco cooperativa en cuanto a las inspecciones en materia de armamentos nucleares.

El 20 de marzo de 2003, a las 5.35 hora local, una coalición de fuerzas armadas se reunió bajo el mando de los Estados Unidos de América, dando inicio la guerra contra Irak. De dicho contingente tomaron parte el Reino Unido, Australia, Dinamarca, Polonia entre otros. Dando por terminadas las operaciones el 1 de mayo de 2003.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aprobó la *resolución 1511*, de 16 de octubre de 2003, en la cual se reafirmaba el derecho del pueblo iraquí para que libremente determinara su propio futuro político y el control sobre sus recursos naturales, al igual que se daba la bienvenida para los preparativos del diseño de una constitución para Irak, al tiempo que se reconocía que si bien la situación de Irak mostraba una mejora, todavía era una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

Los Estados ocupantes crearon una autoridad provisional de la coalición para actuar como administrador hasta en tanto un gobierno iraquí pudiese establecerse, dividiendo el país en áreas regionales, designándose la parte sur para el control del Reino Unido. La referida autoridad poseía una facultad legislativa.

En julio de 2003, se establecía el Consejo de Gobierno de Irak. La Autoridad Provisional de la Coalición fue requerida para consultar con éste Consejo todas las cuestiones concernientes al gobierno de Irak.

El 16 de octubre de 2003, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobaba la *resolución 1511*, en la cual reafirmaba la soberanía e integridad territorial de Irak y recalca, en ese contexto, la naturaleza temporal del ejercicio de la Autoridad Provisional de la Coalición de las responsabilidades específicas, autoridades y obligaciones bajo el derecho internacional, que cesaría cuando se estableciera un gobierno representativo e internacionalmente reconocido por el pueblo de Irak y asumiera las responsabilidades de la Autoridad Provisional de la Coalición; se invitaba al Consejo gobernante a que estableciera una Constitución bajo la cual se celebrarían elecciones democráticas.

El 8 de marzo de 2004, el Consejo de Gobierno de Irak promulgó la *Ley de Administración para el Periodo de Transición del Estado de Irak*. La administración de la Autoridad Provisional de la Coalición fue dividida en áreas regionales, el Reino Unido no tenía poder formal para la toma de decisiones, todas las decisiones administrativas y legislativas eran tomadas por el embajador de los Estados Unidos de América.

El mismo 8 de marzo de 2004, el Consejo gobernante de Irak promulgó *la Ley para la Administración del Estado de Irak para el Periodo de Transición* (conocida como la Ley Administrativa de Transición), la cual proveía un marco legal temporal para la administración de Irak que debía comenzar el 30 de junio de 2004, con el establecimiento de un gobierno interino iraquí y la disolución de la Autoridad Provisional de la Coalición.

La provisión para un nuevo régimen en Irak tuvo lugar en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, conforme a la *resolución 1546*, en la cual se establece su apoyo para la formación de un gobierno interino soberano para Irak, el cual asumiría completa autoridad y responsabilidad al 30 de junio de 2004, para gobernar Irak; asimismo, se establece que para esa misma fecha, la ocupación

terminaría y la Autoridad Provisional de la Coalición terminaría su existencia y que Irak recuperaría su soberanía.

La autoridad completa se transfirió el 28 de junio de 2004, de la Autoridad Provisional de la Coalición al Gobierno Interino de Irak, para que la primera terminara su existencia. Por lo tanto, la fuerza multinacional, incluidas las fuerzas británicas que formaban parte de ella, permanecieron en Irak para continuar con las solicitudes del gobierno de Irak y las autorizaciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Durante el periodo de mayo de 2003 a junio de 2004, las fuerzas de coalición consistían en seis divisiones, cuatro formadas por los Estados Unidos y dos multinacionales. Cada división había recibido la responsabilidad de un área geográfica particular en Irak. Al Reino Unido se le otorgó el mando de la división multinacional, que comprendía las provincias de Al-Basrah, Maysan, Thi Qar y Al-Muthanna.

Las fuerzas británicas desempeñaban dos funciones consistentes en el mantenimiento de la seguridad en su área geográfica asignada, en particular en las provincias de Al-Basrah y Maysan, que incluían patrullajes, arrestos, operaciones antiterroristas y funciones de apoyo a la administración civil de Irak.

Sobre los hechos que motivaron la demanda ante la Corte Europea, el primer peticionario era el hermano de Hazim Al-Skeini quien murió de un disparo en el área de Basrah.

Las circunstancias del hecho ocurrieron durante la celebración de un funeral en el cual se dispararon armas al aire, por ser costumbre en este tipo de eventos, lo cual alertó a una patrulla británica que, al encontrarse con Al-Skeini, le disparó. El Coronel explicó a los miembros de la tribu del fallecimiento y les entregó una indemnización de dos mil quinientos dólares al igual que un carta que pormenorizaba las circunstancias de la muerte y reiteraba que el muerto no tenía la intención de atacar a nadie.

La segunda peticionaria fue de la viuda de Mohamed Salim, quien se encontraba de visita en la casa de su suegro en Basrah, cuando, aproximadamente, a las once de la noche soldados británicos irrumpieron a la casa y mataron a Mohamed.

El tercer peticionario era el viudo de Hannan Mahaibas Sadde. De acuerdo al viudo, él y su familia se encontraban cenando cuando se escucharon disparos y las balas golpearon a su esposa en la cabeza y el tobillo de su hijo.

El cuarto peticionario era el hermano de Waleed Sayag Muzban, a quien cuando regresaba de su trabajo, sin razón aparente, el minibús que conducía fue baleado matándolo en el interior.

El quinto peticionario era el padre de Ahmed Jabbar Kareem Ali, quien fue encontrado muerto en un río, después de que presumiblemente hubiese sido arrestado en la plaza Al-Saad.

El sexto peticionario era un coronel de la fuerza policial de Basrah, su hijo Baha Mousa murió estando bajo arresto por el gobierno británico.

El 26 de marzo de 2004, el Secretario de Defensa, en relación a las muertes decidió que no conduciría investigaciones independientes, no aceptaría responsabilidad por las muertes y no pagaría la indemnización.

Asimismo, las cortes internas del Reino Unido negaron la extraterritorialidad de la Convención Europea de Derechos Humanos a favor de los peticionarios.

La Cámara de los Lores mantuvo el criterio de que la Convención no tenía una aplicación extraterritorial, sustentando que las circunstancias en las cuales la Corte había reconocido excepcionalmente el ejercicio de jurisdicción extraterritorial incluyendo las siguientes: *cuando el Estado por medio de control efectivo del territorio y de sus territorios en el extranjero como consecuencia de la ocupación militar o por el consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno de ese territorio, ejerce todos o algunos de esos poderes públicos normalmente para ser ejercitados por el gobierno del territorio*. También, sostenían que el Reino Unido no ejercía el control efectivo sobre el territorio.

Sin embargo, al llevar su caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, los peticionarios alegaron que sus familiares estaban dentro de la jurisdicción del Reino Unido bajo el artículo primero de la Convención al momento de sus muertes. Por lo que la Corte Europea resolvió la existencia de la extraterritorialidad de la Convención Europea de Derechos Humanos.

1.3.- Al- Jedda vs Reino Unido

El peticionario nació en Irak en 1957, en junio de 2000 se le otorgó la nacionalidad británica. El 10 de octubre de 2004, soldados de los Estados Unidos de América, actuando con información proporcionada por servicios de inteligencia británicos, arrestaron al solicitante en la casa de su hermana ubicada en Bagdad y lo llevaron a una base militar británica en Basrah, donde estuvo detenido hasta el 30 de diciembre de 2007.

El solicitante fue retenido sobre la base de que su internamiento era necesario por razones imperativas de seguridad en Irak, porque las autoridades británicas creían que había sido responsable del reclutamiento de terroristas.

Como contexto del caso, el 8 de noviembre de 2002, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la *resolución 1441*, ya mencionado. El 20 de marzo de 2003, una coalición de fuerzas armadas comenzó la invasión de Irak y el 5 de abril de 2003 los británicos habían capturado Basrah.

Los Estados ocupantes crearon la Coalición de la Autoridad Provisional para actuar como administrador hasta que se estableciera un gobierno iraquí. La Coalición gozaría de poderes de gobierno temporal para garantizar la administración efectiva de Irak durante el periodo de administración transitoria. En julio de 2003, se estableció el Consejo de Gobierno de Irak.

En la *resolución 1546* del Consejo de Seguridad adoptada el 8 de junio de 2004, se señalaba que para la implementación de su mandato la Coalición asistiría al pueblo iraquí; el representante especial del Secretario General y la Misión de Asistencia de Naciones Unidas para Irak, como lo requería el gobierno de Irak

debería promover la protección de los derechos humanos, la reconciliación nacional y la reforma judicial y legal para fortalecer el estado de derecho en Irak.

El 18 de junio de 2003, la Coalición emitió el memorándum número 3 que contenía las previsiones sobre la detención criminal y el internamiento de seguridad para las fuerzas de coalición. El 27 de junio de 2004 se elaboró una versión revisada del memorándum número 3, que establecía un periodo superior a 72 horas de detención a toda persona detenida por razones imperativas de seguridad de acuerdo al mandato de la *resolución 1546*, la posibilidad de revisar la decisión de su internamiento, que debería llevarse a cabo con el menor retraso posible y debía llevarse dentro de los 7 días posteriores a la fecha de detención.

El 28 de junio de 2004, se transfirió totalmente la autoridad de la Coalición al Gobierno Interino y la Coalición cesó de existir. Solamente las fuerzas multinacionales, que incluía a las fuerzas británicas, permanecerían en Irak para atender las solicitudes del gobierno iraquí y las autorizaciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El 19 de mayo de 2006, se adoptó la nueva constitución iraquí en la cual se establecía que cualquier ley que la contradijera sería anulada. El artículo 15 prescribía que cualquier privación de la libertad debía basarse en una decisión tomada por autoridad judicial competente y el artículo 37 señalaba que nadie debería permanecer en custodia a menos que existiera una decisión judicial.

La autorización para la presencia de la fuerza multinacional en Irak, en términos del mandato de la *resolución 1546* del Consejo de Seguridad, se extendió mediante las *resoluciones 1637*, de 8 de noviembre de 2005, y *1723*, de 28 de noviembre de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2006 y 31 de diciembre de 2007, respectivamente.

El 7 de junio de 2005, como lo requiriera la *resolución 1546*, la Secretaría General de las Naciones Unidas reportó al Consejo de Seguridad sobre la situación de Irak bajo el rubro “actividades de derechos humanos”, donde se señalaba que uno de los mayores retos en derechos humanos continuaba siendo la detención de miles

de personas sin debido proceso legal. De acuerdo con el Ministerio de Justicia, había 10 mil detenidos aproximadamente al comienzo de abril, de los cuales 6 mil estaban en custodia de la fuerza multinacional, a pesar de la liberación de algunos detenidos, su número continuaba creciendo. La detención prolongada sin acceso a abogados esta prohibida bajo el derecho internacional, incluso durante estados de emergencia.

Regresando a los hechos del caso, el peticionario sostuvo que fue detenido por las fuerzas armadas del Reino Unido en Irak, entre el 10 de octubre de 2004 y el 30 de diciembre de 2007, en violación del artículo 5, párrafo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a pesar de que el Reino Unido debía asegurar a todo individuo dentro de su jurisdicción los derechos y libertades contenidas en la sección I de la Convención de referencia. El Reino Unido por su parte sostenía que la detención del peticionario había sido hecha por las Naciones Unidas.

En su decisión, la Corte Europea consideró que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no tenía control efectivo ni autoridad y control sobre los actos u omisiones de tropas dentro de la fuerza multinacional, y que la detención no era atribuible a Naciones Unidas. Destacó también que el internamiento en Irak se realizó en un centro de detención en la Ciudad de Basrah, controlada por fuerzas británicas, por lo que concluyó que se había violado el artículo 5, párrafo 1, de la Convención.

1.4.- La tradición del *common Law*

Para quienes están enterados del funcionamiento del sistema legal en el *common law*, posiblemente les causen sorpresa las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Al-Skeini vs Reino Unido* y *Al-Jedda vs Reino Unido*, sobre todo por la vigencia en ese sistema legal de la teoría del precedente y la tesis *judge made law*.

Por lo anterior, para comprender los cambios que ha tenido el Reino Unido en su sistema legal, debemos realizar un breve contexto sobre la tradición del *common law*, destacando que el derecho inglés desde sus orígenes se considera distinto

del sistema del *civil law*, que es una cuestión que se sustenta en el celo de los juristas ingleses por su régimen legal, lo que no ha permitido la recepción del *civil law* en Inglaterra.

Los orígenes del common law se remontan a la denominada época anglosajona, periodo que se caracteriza por la fragmentación del reino por lo que existían una multitud de leyes, a pesar de que había un solo soberano. No existía un derecho común para toda Inglaterra antes de la conquista normanda. Asimismo, en el país no se dio una influencia del derecho romano, a pesar de que Roma ejerció el dominio en Inglaterra por cinco siglos.

En la época de la conquista normanda, en el siglo XI d.C., Guillermo II de Normandía, “El conquistador”, pretende gobernar por un derecho hereditario, amparándose en su parentesco con Eduardo “El Confesor”, vence a Haroldo II de Inglaterra en la batalla de Hastings de 14 de octubre de 1066, por lo que en la navidad de ese año se le nombra rey de Inglaterra.

Guillermo reclamó toda la posesión de la tierra y la distribuyó arbitrariamente entre sus seguidores, estableciendo la nota catastral o feudal, además, reemplazó a las élites locales, lo cual significó que el soberano no permitía que ningún feudo rivalizara con su poder, por lo anterior:

“...se redacta, desde 1086, el Domesday, documento donde se inscribirían los 15 000 dominios (manors) y los 200 000 hogares existentes en ese entonces en Inglaterra. Este carácter militar, organizado, de la feudalidad inglesa, es uno de los elementos que va a permitir, a diferencia del continente europeo, el desarrollo del common law.”⁸

De este modo, autores como Rene David aseguran que el punto que define y da carácter propio al *common law* sea el desarrollo de las reglas del procedimiento, mediante las cuales se podrá resolver el mayor número de casos para llegar a una

⁸ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ra. Reimpresión, trad. Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 213.

respuesta justa. Contrario a lo que ocurría en el continente europeo, donde se da preferencia al desarrollo de los derechos y las obligaciones.⁹

Sin embargo, el *common law* enfrentaría su primer encuentro con un sistema rival, como sería la *Equity*, ello se debió a que las cortes reales aplicaban de forma estricta el *common law*, por lo que los súbditos acudían al monarca para que éste, con su justicia y gracia, resolviera en conciencia.

En la época actual, se han dejado de lado instituciones del derecho inglés, como por ejemplo, la separación del Poder Judicial respecto del Parlamento, mediante el establecimiento de una Suprema Corte de Justicia a través de la *Constitutional Reform Act* de 2005; la pérdida de la supremacía del Parlamento; la extraterritorialidad de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya violación implica responsabilidad para el Reino Unido, por mencionar las más importantes.

Así la separación del poder judicial del parlamento propició que éste perdiera funciones jurisdiccionales, destacando que el asignar a una Cámara legislativa el poder de revisión judicial, es una función que ningún teórico asignaría a una Cámara alta en el plan de una Constitución nueva¹⁰. Las funciones jurisdiccionales de la Cámara de los Lores se ejercieron por más de seiscientos años, debido a cuestiones históricas, porque el Alto Tribunal era parte del Parlamento.

Sin embargo, con la denominada *Constitutional Reform Act* de 2005, de acuerdo a la cual se separa el Comité de Apelación (Suprema Corte) del Parlamento y del Ejecutivo. El objetivo primario de la nueva ley es asegurar la independencia del Poder Judicial. Así, se estableció una Suprema Corte de Justicia, lo que requirió que la Cámara de los Lores abandonara su función de tribunal de última instancia en el sistema inglés, y que una comisión de justicia proponga a los futuros jueces de esa corte.

⁹ *Ibidem*, p.216.

¹⁰ Bagehot, Walter, *La Constitución Inglesa*, trad. Alfonso Posada, México, UNAM, 2005, p.110.

Lo anterior muestra la trascendencia de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la aplicación extraterritorial de la Convención Europea de Derechos Humanos al Reino Unido, porque lo constriñen a respetar dicho tratado internacional incluso cuando se encuentre como potencia ocupante en un país no miembro de la Unión Europea, como quedó asentado en los casos previamente descritos.

En resumen, se puede afirmar que en sus orígenes el derecho inglés muestra un conflicto entre el *common law* y el *civil law*, lo que implicó la consolidación del primero; sin embargo, la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos ha obligado al sistema inglés a seguir las resoluciones y directivas que dicta la Europa continental.

Así, Inglaterra ha debido abandonar, en las partes referidas, su tradición y adaptar las instituciones y conceptos del sistema rival, es decir, la visión del derecho continental, a pesar de haber sido el lugar de nacimiento de tantos antecedentes en materia de derechos humanos, que serían retomados como ejemplo en otros países, incluso el desarrollo de la revisión judicial, que si bien, en su momento no fue bien recibido cuando el juez Edward Coke desarrollo dicho medio de control, consistente en el conocido caso del Dr. Bonham¹¹, en los Estados Unidos de América tendría buena acogida.

Como se advierte, a partir de estas transformaciones en Inglaterra es necesario preguntarse: ¿El *civil law* tiende a transformarse en la teoría jurídica dominante? ¿estamos en presencia de una situación que pudiera generalizarse?, ¿es posible considerar que la adopción de las instituciones propias de los tratados internacionales en materia de derechos humanos tiende a unificar las familias jurídicas, como lo son el *common law* y el *civil law*?

Cabe destacar que como el Reino Unido es un país con tradición jurídica diferente a nuestra tradición continental del derecho romano-germánico-canónico,

¹¹ *Thomas Bonham v College of Physicians*, resuelto en 1610 por la *Court of Common Pleas in England* presidida por Sir Edward Coke. Donde se menciona: “*in many cases, the common law will control Acts of Parliament*”.

sorprende la homologación de su orden jurídico al sistema jurídico de los demás miembros de la Unión Europea, por la recepción del tema de los derechos humanos. Lo cual, por un lado, limita la generalización de la regla, ya que existen países de la tradición del *common law*, como Canadá y los Estados Unidos que, al no haber suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se encuentran constreñidos a adoptar la jurisprudencia de de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, tendría que comprobarse el caso contrario, esto es, que efectivamente existe a nivel mundial un movimiento asociado a los derechos humanos que tiende a borrar las diferencias entre los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law*. Además, deben identificarse los elementos que son motivo de generalización, en particular los que pertenecen a un sistema legal y que se han adoptado en algún país con un sistema legal perteneciente a una tradición distinta; o demostrar que los cambios obedecen a una dinámica de alteraciones en los sistemas jurídicos inherentes al propio derecho en toda época y lugar, o, en todo caso, acreditar que estamos ante una creación única del derecho internacional de los derechos humanos que da como resultado el surgimiento de sistemas jurídicos híbridos.

Asimismo, cabe recordar que el 23 de junio de 2016, el Reino Unido de la Gran Bretaña votó por su salida de la Unión Europea, es decir, el movimiento conocido como *Brexit*, lo cual podría traer aparejadas consecuencias que aún no están del todo claras, ya que es la primera vez que un país abandona la Unión Europea, pero que, en nuestra opinión, claramente, representa un rechazo a las posturas continentales, que evidentemente incluyen las legales, es decir, la obligatoriedad y vinculación de la jurisprudencia emitida en Estrasburgo.

Sin embargo, en otros continentes como Asia y Oceanía no se podría verificar alguna de estas reglas, en razón de que ni en Asia ni en Oceanía existe un tratado internacional que consagre los derechos humanos a nivel regional y, por extensión, tampoco hay un organismo encargado de su protección.

En el continente africano, habría que esperar a que la Corte Africana pudiese imponer a través de sus decisiones una situación similar a la descrita en Europa, su importancia permitiría observar si países de tradición islámica pertenecientes a la familia del derecho religioso— pueden cambiar su derecho de carácter teocrático por uno de tradición occidental.

1.5.- La tradición mexicana

De igual modo a lo que sucedió en Inglaterra, México en su historia reciente ha experimentado una serie de cambios en su sistema jurídico y la concepción de su tradición jurídica, relacionada con la familia romano germánica canónica.

Estas transformaciones tienen como detonante la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2009, en el denominado caso “Rosendo Radilla”, por virtud del cual ordenó al Estado mexicano la implementación del control de convencionalidad *ex officio* por parte del Poder Judicial de la Federación.

Lo anterior rompe una larga tradición en el sistema legal mexicano, relacionada con la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permite el control difuso de constitucionalidad. Este precepto había sido interpretado en el sentido de prohibir dicho control a otras autoridades jurisdiccionales del país, distintas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo que implicaba que en los hechos no existía el control difuso de constitucionalidad, ni tampoco control jurisdiccional vía excepción, sólo se podía intentar la inconstitucionalidad directa o vía acción. Estas cuestiones se analizarán con mayor detalle en los capítulos subsecuentes, baste su mención hasta esta instancia para realizar la comparación con el sistema legal del Reino Unido.

En el mismo sentido, en que se comentó la cuestión del sistema inglés, visto en retrospectiva, el sistema mexicano presenta su propia historia que le imprime un sello característico, y que ahora ha sido cuestionado por un tribunal internacional protector de derechos humanos.

Comenzaremos por mencionar que México pertenece a la tradición del *civil law*, es decir, los orígenes de su sistema jurídico se encuentran en el derecho romano-germano-canónico y en la tradición jurídica continental española; asimismo, cabe recordar que México cuenta con un antecedente de los pueblos originarios de América, como el elemento prehispánico. Por lo que puede observarse una similitud con la génesis del derecho inglés en que un pueblo conquista a otro, como ocurrió con los normandos al arribar a Inglaterra.

Considerando la familia jurídica a la que pertenece México, el desarrollo del derecho de nuestro país podría dividirse en términos muy generales en cuatro periodos: el primero comprende el derecho prehispánico, el segundo el derecho indiano, el tercero el derecho del México independiente y el cuarto el derecho revolucionario. Aunque se podría encontrar una quinta vertiente en el derecho neoliberal actual.

El derecho prehispánico, conforme a Marco Antonio Pérez de los Reyes, es: “...*el conjunto de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que regularon a los pueblos autóctonos de América.*”¹² Dicho conjunto se componía de una diversidad de pueblos con un derecho eminentemente de carácter penal, en sociedades jerarquizadas de forma militar o teocráticas.

En las vísperas de la conquista en el mundo prehispánico, el pueblo azteca representaba el poder hegemónico, porque:

“...había impuesto en una amplia zona (el llamado Imperio azteca) un férreo poder basado en la conquista y la tributación, si bien respetando en cada pueblo las costumbres locales, las deidades y hasta las autoridades, a cambio de su total sumisión.

Esto había generado un verdadero mosaico de culturas y de pueblos que presentaba diferentes niveles de civilización, sin que existiera una unidad política...los aztecas habían generado gran resentimiento en los vencidos debido a su celo excesivo en el cobro de los impuestos y su constante petición de víctimas para el sacrificio. Por esa razón fue fácil para los

¹² Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, México, Oxford University Press, 2011, p. 31.

*conquistadores pactar alianzas o neutralidades entre esos pueblos en contra de los aztecas.*¹³

De dicha situación histórica, se desprende que había un pueblo dominante que eran los aztecas, que contrario a lo que se vivió en el Reino Unido con Guillermo el conquistador, no unificó el reino.

Sin embargo, puede observarse que para la formación de una nación el elemento de la conquista es una característica indispensable de un pueblo que somete a otro, tal como han sido los casos ilustrativos de Grecia y Roma, y que no se agota en estos dos ejemplos, sino que parece ser una constante a lo largo de la historia de la humanidad.

Como lo destaca Hegel, los casos de Grecia y Roma son los más ilustrativos, ya que son pueblos que pertenecen a lo que llama la “historia universal”, porque:

*“un pueblo pertenece a la historia universal cuando en su elemento y fin fundamental hay un principio universal, cuando la obra que en él produce el espíritu es una organización moral y política.”*¹⁴

De igual modo, se tiene presencia en las sociedades prehispánicas del primer elemento que le es propio y previo a la ley, la costumbre, que en el Reino Unido estaba presente y continuó con la llegada de Guillermo el conquistador, pero que en el caso mexicano derivaría de las normas impuestas por el conquistador español, a lo que se denominó derecho indiano.

Así, el derecho indiano se entiende que: *“es el conjunto de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que España aplicó en sus territorios de ultramar, a los que llamó Indias Occidentales, de ahí el nombre de indiano con que se designa este Derecho histórico.”*¹⁵

Asimismo, esta época del derecho en México tuvo instituciones como el Tribunal del Santo Oficio, es decir, se establecieron principios jurídicos tomados del

¹³ *Ibidem*, p. 112.

¹⁴ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, España, Editorial Tecnos, 2005, p. 233.

¹⁵ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho...*, *cit.*, p. 163.

Derecho romano-germano-canónico. Periodo que también estuvo presente en el Reino Unido con el establecimiento de la *Equity*.

De igual modo, los españoles le imprimieron un carácter feudal al nuevo papel que desempeñarían los aztecas que desarrollaran la función de caciques¹⁶. Sin embargo, el anhelo del pueblo mexicano por tener su propia identidad, daría lugar a la lucha por la independencia y su correspondiente derecho.

El derecho del México independiente es aquél constituido por: *“el conjunto de normas e instituciones que rigieron al país desde la consumación de su Guerra de Independencia, en 1821, hasta el ascenso a la Presidencia de la República de Porfirio Díaz en 1876.”*¹⁷

En cambio, el derecho revolucionario se entiende como:

“el conjunto de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que emanaron de los planes, programas e idearios de las diversas facciones que se enfrentaron en la Revolución político-social mexicana.

*Este derecho presenta para el estudioso la característica peculiar de que, teniendo profundas raíces históricas, entronca en las instituciones del México contemporáneo.”*¹⁸

Como se ha dejado constancia, existen elementos de comparación entre la familia del *common law* y del *civil law*. Están presentes elementos como la conquista de un pueblo por otro, la imposición de sus instituciones jurídicas, con la consabida rivalidad del derecho interno con un derecho extranjero, también se puede identificar el proceso de transformación de la costumbre en derecho, y la existencia de una época feudal. Entre los elementos divergentes podemos identificar el hecho de que la costumbre en algunos casos es impuesta y otros sólo se institucionaliza.

1.6.- Acercamiento de las tradiciones del *common law* y del derecho romano germánico

¹⁶ Cruz, Barney, Oscar, *Historia del derecho mexicano*, octava reimpresión, México, Oxford University Press, 2010, p. 30.

¹⁷ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho...*, *cit.*, p. 427.

¹⁸ *Ibidem*, p.593.

Más allá de las diferencias o convergencias que pudiera haber entre ambos países, y posiblemente identificados como elementos aislados, se estaba dando un acercamiento a nivel de sistema jurídico, por lo menos en Reino Unido, hasta el *Brexit*, cuyas consecuencias aún se desconocen, como lo señala John Henry Merryman:

“El desarrollo de la Comunidad Económica Europea y el aparato legal de la Convención Europea de Derechos Humanos acelerarán el derrumbe del sistema antiguo. La Corte de Justicia de la CEE puede dejar de lado las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho de la Comunidad; el derecho comunitario en la CEE, como la ley federal bajo la Constitución de los Estados Unidos, es suprema. Los tribunales nacionales están obligados a rehusar la aplicación de las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho a la Comunidad. Deben referirse a la Corte de la CEE los problemas de interpretación del derecho comunitario. Las leyes nacionales que violen la Convención Europea de Derechos Humanos pueden ser cuestionadas ante la Comisión Europea y la Corte de Derechos Humanos. Se ha reducido decisivamente la soberanía interna y externa del estado. En lo interno, el crecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de los intereses de grupo y de clase transfieren soberanía del estado a los individuos, los grupos y las clases; en lo externo, el crecimiento de la autoridad de la CEE y la Convención Europea de Derechos Humanos transfiere soberanía del estado a los organismos internacionales.

*Contemplando estos hechos, algunos observadores obtienen una analogía con el periodo medieval, cuando Europa estaba unida por el *ius commune* del derecho civil romano y el derecho canónico. Consideran el derecho de la CEE y la Convención Europea de Derechos Humanos como el fundamento de un nuevo *ius commune* europeo, basado en la cultura común y los intereses comunes, tras varios siglos de glorificación exagerada del estado nacional.*

El hecho de que Gran Bretaña, la madre patria de la tradición del derecho común, sea miembro de la CEE y una de las partes de la Convención, les sugiere la posibilidad, de hecho la necesidad, de un acercamiento de las tradiciones del derecho civil y del derecho común.”¹⁹

Si bien como indica el autor se ha dado un sistema mixto, en ambos casos, cabe resaltar que en los dos sistemas, en el caso de Inglaterra, por ser el país de *common law*, dentro de la Unión Europea, no así en Estados Unidos y Canadá,

¹⁹ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 13ra reimpresión, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 294.

entre otros países de dicha tradición, se aplica el control difuso como en el caso de México.

De lo anterior, podemos contestar a las preguntas formuladas al comienzo del capítulo, en el sentido de que en efecto se podía presumir de la existencia de un fenómeno capaz de amalgamar en cierto sentido los sistemas jurídicos nacionales o internos con tradiciones jurídicas opuestas, como lo que ha sucedido en los casos del Reino Unido y México, con el tema de los derechos humanos, o por lo menos así se perfilaba hasta el Brexit, esto parece dar la señal de la implantación de un único derecho posible o de la vuelta a un *ius gentium*, o la respuesta contraria, es decir, un regreso a los orígenes, a través del rechazo de los procesos de integración.

Sin embargo, nos falta por analizar si dicho fenómeno de los derechos humanos posee un alcance universal y, si es así, en qué sentido, lo anterior nos permitirá establecer si estamos ante un derecho unificador, como fue el *ius commune* en la Edad Media y las consecuencias de dicho derecho común, en particular, si estamos en presencia de un derecho de completitud, en el sentido que destacamos para la matemática, en el contexto de la teoría de la unificación de Robert Langlands.

Así, para poder hablar de una ciencia jurídica, es necesario decir previamente que todo el derecho se encuentra interconectado y que requiere del uso de elementos más básicos para la resolución de problemas normativos, es decir, que sin importar en el ámbito del derecho en donde nos encontremos, derecho administrativo, derecho civil, penal, constitucional, siempre estarán presentes los derechos humanos y, en un sentido inverso, que a pesar de existir un derecho común expresado en los derechos humanos, las decisiones que tomen los organismos jurisdiccionales continuarán siendo diversas, a pesar de contar con la misma fuente de interpretación, por lo que ello no basta para saber cual será el derecho que unifique todos los sistemas y todas las decisiones.

Por lo anterior, desde la perspectiva de las preguntas previamente señaladas, advertimos que se deben formular previamente las características de los derechos humanos, las cuales guiarán la presente investigación para la explicación del caso práctico que se pretende analizar: el caso Rosendo Radilla y sus consecuencias, en particular si se puede hablar de un nuevo *ius gentium*, así como para determinar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia que emiten los organismos jurisdiccionales de carácter internacional para la protección de los derechos humanos y su aplicación en México.

1.7.- Las Características de los Derechos Humanos

Se puede comenzar por determinar si el derecho internacional de los derechos humanos posee características únicas o le son propias las características del derecho en general, para ello, se requiere un análisis histórico, que recorra y analice aquello que le es común a cada uno y en qué puntos recaen las diferencias para concluir si cuenta con autonomía o no.

El origen del derecho en general suele ubicarse en tiempos tan remotos como en la cuna de la civilización, Babilonia, los códigos más antiguos que se conocen son los de *Entemena* del 2430 a.C., *Urukagina* de 2377 a.C., el de *Gudea* de 2130 a.C., el de *Ur-Nammu* de 2112 a.C., el de *Lipit-Ishtar* de 1934 a.C., y el *Eshnunna* de 1930 a.C. Todos estos códigos parecen ser antecedentes del Código de Hammurabi de entre el 1790 al 1750 a.C. En el caso de los derechos humanos algunos atribuyen su origen al Cilindro de Ciro del año 539 a.C.

Sin embargo, a pesar de estos antecedentes, ese origen es muy debatible, no obstante ello, se puede comentar que las tribus primitivas ya poseían un derecho penal, integrado por un conjunto de tabús propios de su organización familiar; por lo que puede afirmarse que en general la formación del derecho, tiene su origen en los tabués que derivaron en el derecho penal y el derecho familiar y, posteriormente, en el derecho de la propiedad, para evitar el problema del patrimonio vacante, para por último, elevarse al derecho público y finalmente al derecho internacional.

El que el derecho en general posea una presencia tan antigua, es lo que imprime un carácter primitivo a la coacción, es decir, el castigo. No importa que posteriormente se haya abolido la tortura, la pena de muerte o incluso la mera reclusión, ya que figuras posteriores, como el arraigo, la prisión, la multa, el arresto, etc., llevan implícitas en sí la idea de un castigo.

Así, autores como Sigmund Freud, Engels y Michel Foucault ubican el origen del derecho en la organización de la sociedad en torno al castigo. De este modo, para Freud, la subordinación al tótem constituye, en primer término, el antepasado del clan, y en segundo, su espíritu protector y su bienhechor. De este modo:

“...la subordinación al tótem constituye la base de todas las obligaciones sociales del australiano, sobrepasando por un lado la subordinación a la tribu y relegando, por otro, a un segundo término, el parentesco de sangre.”²⁰

Lo destacado en el estudio de Freud consiste en que en aquellos sistemas totémicos se impone a los miembros de la comunidad la prohibición de entrar en relaciones carnales entre sí.

Por lo anterior, según Freud, los tabúes serían lo siguiente:

“...prohibiciones antiquísimas impuestas desde el exterior a una generación de hombres primitivos, a los que fueron, quizá, inculcadas por una generación anterior. Estas prohibiciones recayeron sobre actividades a cuya realización tendía intensamente el individuo y se mantuvieron luego, de generación en generación, quizá únicamente por medio de la tradición transmitida por la autoridad paterna y social. Pero también puede suponerse que se organizaron en una generación posterior, como una parte de propiedad psíquica heredada.”²¹

Freud encuentra en el tabú un freno a los instintos más bajos de la humanidad, y cuya función consistía en evitar que otros imitaran la conducta considerada tabú, es decir, prohibida.

²⁰ Freud, Sigmund, *Tótem y Tabú*, 20ª reimpresión, trad. Luis López-Ballesteros y de Torres, España, Alianza Editorial, 1997, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 42.

No obstante lo anterior, el tabú desempeña un doble papel, como inhibidor de conductas y como conciencia moral, que como Freud señala es la percepción interna de la repulsa de determinados deseos²².

Como formador social, el tabú implica que cuando un individuo ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, los otros miembros de la sociedad experimentan la tentación de emular la conducta transgresora; sin embargo, para contener dicho contagio se requiere del castigo de la acción que se envidia, y sucede, además, con frecuencia, que el castigo mismo proporciona a los que lo imponen la oportunidad, bajo el pretexto de imponer un orden, incurrir en el acto mismo. Lo anterior, constituye para Freud uno de los principios fundamentales del orden penal humano, cuya derivación se encuentra en el acto de ofensa como en la venganza de la colectividad.

Por su parte, el totemismo, desde la óptica de Freud, es un sistema a la vez religioso y social. Desde el punto religioso, consiste en las relaciones de respeto y de mutua consideración entre el hombre y el tótem —es un objeto material al que el salvaje testimonia un supersticioso respeto porque cree que entre su propia persona y cada uno de los objetos de dicha especie existe una particularísima relación²³. Desde el punto social, se traduce en obligaciones de los miembros del clan entre sí y con respecto a otras tribus.²⁴

Un ejemplo del sistema tótem es aquél consistente en que una tribu es un grupo de personas que llevan el nombre del tótem, se consideran descendientes de él y se hallan estrechamente ligados unos a otros por deberes comunes y por la creencia en el tótem común.

²² *Ibidem*, p. 84.

²³ *Ibidem*, p. 123.

²⁴ *Ibidem*, p.124..

Finalmente, Freud explica que con el rompimiento del sistema totémico por parte de las generaciones posteriores, se constituyó el punto de partida de las organizaciones sociales, de las restricciones morales y de la religión.²⁵

Federico Engels, por su parte, explica en su libro el *Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, la génesis del derecho a partir del desarrollo de la propiedad privada, ya que a través de la organización familiar el hombre junto con el desarrollo de la ganadería, le permitió la acumulación de propiedad, que podría ser heredada por la descendencia masculina. Teniendo como efectos lo siguiente:

“El derrocamiento del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo. El hombre empuñó también las riendas de la casa; la mujer se vio degradada, convertida en la servidora, en la esclava de la lujuria del hombre, en un simple instrumento de reproducción. Esta baja condición de la mujer, que se manifiesta sobre todo entre los griegos de los tiempos heroicos, y más aún en los de los tiempos clásicos, ha sido gradualmente retocada, disimulada y, en ciertos sitios, hasta revestida de formas más suaves, pero no, ni mucho menos abolida.

El primer efecto del poder exclusivo de los hombres, desde el punto y hora en que se fundó, lo observamos en la forma inmediata de la familia patriarcal, que surgió en aquel momento. Lo que caracteriza, sobre todo, a esta familia no es la poligamia, sino la organización de cierto número de individuos, libres y no libres, sometida al poder paterno del jefe de ésta. En la forma semítica, ese jefe de la familia vive en plena poligamia, los esclavos tienen una mujer e hijos y el objetivo de la organización entera es cuidar del ganado en un área determinada.”²⁶

Michel Foucault por su cuenta, desde un análisis diverso en su libro *Vigilar y Castigar*, realiza un estudio que obedezca a:

“1) No centrar el estudio de los mecanismos punitivos en sus efectos represivos, en su aspecto de sanción, sólo reincorporarlos a toda la serie de los efectos positivos que pueden inducir, incluso si son marginales a primera vista. Considerar, por consiguiente, el castigo como una función social compleja.

2) Analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas

²⁵ *Ibidem*, p.167.

²⁶ Engels, Federico, *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Moscú, Editorial Progreso, sin año, p. 56.

específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder. Adoptar en cuanto a los castigos la perspectiva de la táctica política.”²⁷

Foucault enfoca el desarrollo de sus ideas en torno a los efectos positivos y útiles a los que tienen por misión sostener al cuerpo humano. Los efectos positivos se refieren a poner en perspectiva los sistemas punitivos con los sistemas de producción de la forma siguiente:

“Así en una economía servil los mecanismos punitivos tendrán el cometido de aportar una mano de obra suplementaria y de constituir una esclavitud civil al lado de la que mantienen las guerras o el comercio; con el feudalismo, y en una época en que la moneda y la producción están poco desarrolladas, se asistiría a un brusco aumento de los castigos corporales, por ser el cuerpo en la mayoría de los casos el único bien accesible, en tanto el correccional, el trabajo forzado y la manufactura penal aparecerían con el desarrollo de la economía mercantil. Pero al exigir el sistema industrial un mercado libre de la mano de obra, la parte del trabajo obligatorio hubo de disminuir en el siglo XIX en los mecanismos de castigo y fue sustituida por una detención con fines correctivos.”²⁸

Para él, ésta tecnología política del cuerpo representa no una propiedad, sino una estrategia:

“...que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una apropiación, sino a disposiciones, a maniobras, a tácticas, a técnicas, a funcionamientos; que se descifre en él una red de relaciones siempre tensas, siempre en actividad, más que un privilegio que se podría detentar; que se le dé como modelo la batalla perpetua más que el contrato que opera un traspaso o la conquista que se apodera de un territorio. Hay que admitir, en suma, que este poder se ejerce más que se posee, que no es el privilegio adquirido o conservado de la clase dominante sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas, efecto que manifiesta, y a veces acompaña, la posición de aquellos que son dominados. Este poder, por otra parte, no se aplica a quienes no lo tienen pura y simplemente como una obligación o una prohibición; los invade, pasa por ellos y a través de ellos; se apoya sobre ellos, del mismo modo que ellos mismos, en su lucha contra él, se apoyan a su vez en el lugar de presas que ejerce sobre ellos.”²⁹

De lo anterior, se puede concluir que dichos autores aportan la porción del carácter histórico, cultural, político e ideológico del derecho, en su sentido interno,

²⁷Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, 1ª reimpresión, trad. Aurelio Garzón del Camino, México, Editorial Siglo XXI, 2010, p. 32.

²⁸ *Ibidem*. P.34.

²⁹ *Ibidem*, p. 36.

lo cual da como consecuencia el origen de rivalidades en un derecho nacional, cuando se tratan de implantar nuevas perspectivas en el derecho, pues el derecho que ya existe, que rige y aplica, está impuesto para proteger ciertos intereses, por lo que nuevos enfoques que traten de imprimirle otra perspectiva, son vistos con hostilidad y tratan de ser repelidos, ejemplos de lo anterior, se pueden observar a lo largo de la historia, como el derecho paterno destierra al derecho materno, y que se ejemplifica en las tragedias griegas, como en Orestes de Eurípides, que se representa con la intervención del Dios Apolo a favor de Orestes, quien ha dado muerte a su madre Clitemnestra y sin embargo no recibe castigo³⁰.

El origen histórico de los derechos humanos a nivel mundial, posterior a la época primitiva, posee un desarrollo paralelo, no similar al derecho en general, ya que se va emparentando más con la contracara del derecho general, es decir, con el derecho internacional público.

Para justificar esta conclusión debemos mencionar algunos antecedentes del derecho internacional público. Se puede comenzar refiriendo, como lo hace Carlos Arellano, que existen dos posturas que explican el desarrollo del derecho internacional público.

“Alrededor de la historia del Derecho Internacional existen dos tendencias perfectamente definidas:

- A) Aquella que ubica el origen del Derecho Internacional en los tiempos más remotos, desde los antiguos Estados, época en la que se localizan instituciones internacionales equivalentes a las actuales.*
- B) La que coloca el origen del Derecho Internacional en el siglo XVI, época en la que se produce la formación de los grandes Estados europeos.”³¹*

En favor de la primer propuesta, se suelen citar diversos tratados de alianza, comercio y protección entre los principales culturas de la antigüedad. Al tiempo que se citan diversos documentos que consagran derechos humanos, entre los más citados se suelen invocar en Babilonia el cilindro de Ciro y el Código de Hamurabi, al igual que doctrinas filosóficas como la de Mencius, según la cual

³⁰ Cfr. Eurípides, *Las diecinueve tragedias*, trad. Miguel Angel Garibay, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 593.

³¹ Arellano, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 6ta edición, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 1.

todos los seres humanos comparten una humanidad común. De tal suerte, que existen antecedentes de documentos y doctrinas que de algún modo, reconocen ciertos derechos.

Por lo que hace a la segunda postura sobre el origen del derecho internacional, tiene su germen en la Paz de Westfalia, este momento histórico tuvo lugar a partir de la Guerra de los Treinta Años, la cual es identificada como una sucesión de luchas que se verificaron en Europa de 1618 a 1648 y que enfrentaron al emperador y los príncipes católicos alemanes, apoyados por España, con los príncipes protestantes, sostenidos principalmente por Francia y Suecia. La guerra terminó con los Tratados de Westfalia, firmados en 1648, en las localidades de Munster y Osnabruck. Entre los efectos que se han señalado que derivan de dichos tratados se pueden mencionar: representan el primer intento de estructurar la política europea sobre la base del equilibrio entre las diversas naciones; es el primer ensayo de carácter general para dotar a los Estados europeos de una organización jurídico internacional. Desde el punto de vista de la evolución del derecho y el Estado:

“Westfalia es considerada como el primer estatuto de la Europa moderna. Los tratados representaron una auténtica acta constitucional. El principio de no injerencia en asuntos internos y la igualdad jurídica entre Estados, independientemente de su fuerza y tamaño, fueron recogidos en las disposiciones de paz. Por todas estas razones, los tratados de Westfalia son considerados como el punto de partida del derecho internacional.”³²

La secularización de la práctica política coincidió con la evolución de las ideas que fundaban al derecho y al Estado en consideraciones no teológicas. De esta manera: “...a los súbditos sólo se les reconoce el derecho a emigrar y con ello una primera mitigación de la persecución y la coacción religiosas.”³³

³² Cfr. Bremer, Juan José, *Tiempos de Guerra y Paz*, México, Editorial Taurus, 2010, p. 57.

³³ Lutz, Heinrich, *Reforma y Contrareforma*, Europa entre 1520 y 1648, trad. Antonio Sáez Arance, España, 2009, p. 285.

En las décadas que siguieron a la Paz de Westfalia, las ideas de Hobbes y Bodino se abrieron paso, lo que condujo a la primacía del derecho positivo sobre el derecho divino o el derecho natural.³⁴

En el año 1774 las colonias inglesas de Norteamérica se sublevaron y en 1776 se constituyen los Estados Unidos de América. Este acontecimiento provoca un conflicto internacional entre Inglaterra y Francia cuando esta última reconoce la nueva república y la guerra respectiva se concluyó con el tratado de Versalles de 1783, en el que Inglaterra reconoce la Independencia de los Estados Unidos. La nueva república aceptó someterse a las normas del Derecho Internacional y, por tanto, esta rama deja de ser un derecho exclusivamente europeo.

Un evento que tuvo importancia y trascendencia histórica fue la revolución francesa de 1789, de acuerdo con Carlos Arellano, vista desde la arista del derecho internacional impactó en los puntos siguientes: 1.- Desarrollo la idea progresista de la soberanía para atribuirla al pueblo y también para establecerla a favor de los demás pueblos integrantes de la comunidad internacional; 2.- La actitud intervencionista de otros Estados que pretendían coadyuvar al restablecimiento de la monarquía en un importante Estado europeo, como lo era Francia, produjo en las ideas surgidas al calor de la Revolución francesa, el forjamiento y desarrollo del principio de la no intervención; 3.- En los nuevos cauces del Derecho Internacional, se transformaron las ideas de la adquisición territorial. No bastaría en lo futuro la guerra de conquista, tendría que consultarse la voluntad popular a través de los plebiscitos para la adquisición territorial; 4.- La revolución de los franceses introduce en el Derecho Internacional la noción de la libertad de cada pueblo a integrarse en la gran sociedad de los pueblos. Otorga así las bases de la teoría de las nacionalidades que produciría grandes movimientos nacionalistas en Europa y América; 5.- En la Revolución francesa emerge la idea de liberar a los pueblos oprimidos y tal concepto no sólo es teórico, se lleva a la práctica en lo nacional y lo internacional. La Revolución francesa es

³⁴ Bremer, Juan José, *Tiempos de Guerra...*, cit. p. 61.

una revolución de exportación y ello inquieta a las tiranías monárquicas de Europa. Se quiere derribar el absolutismo monárquico en un nuevo espíritu de libertad. Esto es un anticipo a la descolonización pactada a nivel universal en el seno de las Naciones Unidas; 6.- En el aspecto de los derechos humanos la Revolución francesa es pionera de un futuro Derecho Internacional Humanitario. No se limita a establecer los derechos fundamentales del francés sino que produce una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se considera en tal época que la base de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre.³⁵

Como corolario se puede mencionar que la Revolución francesa enfrentó sus problemas exteriores con una actitud defensiva que, después se convirtió en altamente ofensiva con Napoleón a la cabeza de sus ejércitos. Se derrocaron dinastías, se crearon nuevos Estados, se celebraron alianzas. Napoleón cayó en 1814, pero ya Europa había sido sacudida hasta sus cimientos. Los viejos principios de la monarquía absoluta habían sido objetados y los nuevos ideales de la democracia se habían extendido ampliamente³⁶.

A partir de 1804, con la independencia de Haití, se iniciaron las luchas emancipadoras de las colonias de España en América que culminarían con su correspondiente independencia.

Con la derrota de Napoleón, a manos de la coalición de Estados encabezada por Gran Bretaña, Austria, Rusia y Prusia, el siguiente punto de trascendencia del Derecho Internacional, y por tanto en la contribución al desarrollo de los derechos humanos, sería el denominado Congreso de Viena de 1815, en este momento histórico se definieron grandes contribuciones al área del derecho internacional.

En opinión de Juan José Bremer, el Congreso de Viena es la primera conferencia de paz moderna y sus actas constituyen los primeros instrumentos jurídicos

³⁵ Arellano, Carlos, *Primer Curso...*, cit., p. 41-43.

³⁶ *Ibidem*, p. 44.

internacionales de verdadera importancia.³⁷ Las actas del Congreso contienen disposiciones que codificaron normas o enriquecieron al derecho internacional e incluyen la primera declaración sobre la supresión del tráfico de esclavos, además, se dio la formalización de estado de guerra, con reglas de neutralidad, beligerancia y ocupación³⁸.

Cronológicamente, después del Congreso de Viena, como acontecimiento de relevancia en el Derecho Internacional se suele citar el Tratado de París del año de 1856, con el que se dio fin a la guerra de Crimea, sostenida por Francia e Inglaterra contra Rusia, en apoyo de Turquía³⁹.

El tratado de París influyó poderosamente en el progreso del Derecho Internacional, entre otras razones, porque Turquía, país no cristiano, fue admitido en el concierto de las naciones europeas⁴⁰.

Con esto, se dio paso a las Conferencias de la Haya. La primera conferencia de la Haya que tuvo verificativo del 18 de mayo al 29 de julio de 1899; la iniciativa partió del zar Nicolás II de Rusia pero la convocatoria oficial fue formulada por el Gobierno de los Países Bajos. Asistieron 26 países, entre ellos sólo dos de América: México y Estados Unidos. Conforme al texto del acta final de 29 de julio de 1899, se produjeron tres convenciones y tres declaraciones: I.- Convención, para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales; II.- Convención concerniente a las leyes y usos de la guerra terrestre; III.- Convención para la aplicación a la guerra marítima, de los principios de la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864. También se aprobaron la Declaración concerniente a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde los globos, o por otros nuevos medios parecidos; Declaración concerniente a la prohibición de emplear proyectiles que tengan por único fin difundir gases asfixiantes o deletéreos; y la Declaración concerniente a la prohibición de emplear balas que dilaten o se

³⁷ Bremer, Juan José, *Tiempos de Guerra...*, cit. p. 102.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Arellano, Carlos, *Primer Curso...*, cit., p. 50.

⁴⁰ *Idem.*

aplasten fácilmente en el cuerpo humano, tales como balas de cubierta dura que no envuelve enteramente el centro, o que está provista de incisiones⁴¹.

La segunda conferencia de la La Haya se realizó el 15 de junio al 18 de octubre de 1907. En ella se revisaron las tres convenciones adoptadas en la Primera Conferencia, participaron 40 países, y varios países de América entre ellos: México, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala Haití, Panamá, Paraguay, entre otros⁴².

En opinión de Carlos Arellano García, ambas conferencias tienen una trascendencia inusitada, pues constituyen importantes prolegómenos de una actividad legislativa a nivel supranacional con la participación de numerosos Estados, lo que confiere gran validez a los acuerdos aceptados.⁴³

Ya a finales del siglo XIX, las relaciones internacionales atravesaban por un periodo de relativa estabilidad. Esos fueron los años de la ampliación de la presencia colonial británica y de la influencia francesa en Asia y Africa⁴⁴.

La Primera Guerra Mundial inició con el asesinato del archiduque Francisco Fernando de Austria, en Sarajevo, el 28 de junio de 1914 y terminó con la firma de cinco pactos internacionales. El Tratado de Versalles es el más importante por su impacto negativo en la estabilidad de Europa y por su relación directa con la siguiente guerra mundial, ya que dicho tratado consignaba que Alemania era la responsable de la guerra, Alemania perdía el 12% de su territorio y 12.5% de su población continental, de igual modo perdió todas sus colonias y le devolvió a Francia los territorios de Alsacia y Lorena⁴⁵.

Esta gran guerra produjo una transformación más radical en la escena europea que la emprendida por el Congreso de Viena y también generó cambios muy

⁴¹ *Ibidem*, p. 51.

⁴² *Idem*.

⁴³ Arellano, Carlos, *Primer Curso...*, cit., p. 52.

⁴⁴ Bremer, Juan José, *Tiempos de guerra...*, cit. p. 111.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 146-147.

importantes en regiones estratégicas: el Mediterráneo, el Medio Oriente, África, y Asia⁴⁶.

La Guerra Mundial significó un gran golpe para el desarrollo del derecho de gentes y produjo un desaliento muy marcado respecto de la efectividad de este orden jurídico. El señorío de la moral internacional que había presidido la comunidad de Estados casi desde Westfalia, fue desplazada, dejando su lugar a un sórdido nacionalismo y a la anarquía. El derecho internacional se robusteció, las instituciones ya conocidas crecieron y otras nuevas se formaron, como por ejemplo, las organizaciones internacionales⁴⁷.

El entonces presidente de los Estados Unidos de América, Woodrow Wilson, dio a conocer sus 14 puntos, los más importantes son: 1) la abolición de tratados secretos; 2) la libertad de mares; 3) la libertad de comercio; 4) el desarme; 5) el ajuste de reclamaciones coloniales sobre la base de la descolonización o la autodeterminación; y el más importante la Asociación de las Naciones en una organización multilateral para obtener la paz. La sociedad (Liga) de las Naciones.

El 25 de enero de 1918, en la Conferencia de París se aprobó una resolución general sobre la creación de la Sociedad de las Naciones. Cuatro fueron las áreas centrales de discusión: a) la naturaleza de las crisis internacionales; b) las reglas para tomar decisiones; c) la discusión de conflictos bélicos por persuasión o contención; d) el desarme y cómo podría lograrse⁴⁸.

El objetivo central de la Sociedad de Naciones era preservar la paz. Sin embargo, obstáculos infranqueables minaron su legitimidad y eficacia: 1.- Desde el inicio de los trabajos de la Sociedad de las Naciones, Washington, Londres y París acordaron una alianza tripartita para garantizar la seguridad de Francia, haciendo a un lado al endeble mecanismo de seguridad colectiva de la organización; 2.- La negativa del Senado estadounidense a ratificar el Tratado de Versalles y participar en la Sociedad de las Naciones le propinó un golpe contundente restándole

⁴⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁷ Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 2006, p. 10.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 152.

representatividad y autoridad; 3.- En ningún momento estuvieron representados todos los principales actores del continente europeo. Alemania participó de 1926 a 1933, Italia de 1920 a 1937, la Unión Soviética fue admitida en 1934 y expulsada en 1940; 4.- Gran Bretaña minó sustantivamente su capacidad de acción, al no suscribir el importantísimo Protocolo de Ginebra sobre la solución pacífica de los conflictos de 1924; 5.- No hubo posibilidad de que sus decisiones tuvieran un alcance mundial y mucho menos fuerza coercitiva; 7.- el espíritu de la fundación de la Sociedad de Naciones estaba en contradicción con el Tratado de Versalles, que buscaba el castigo de los derrotados sin otro objetivo ulterior⁴⁹.

Por otro lado, destacan los esfuerzos por la creación de instituciones como la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Organización Internacional del Trabajo. De este modo, a pesar de múltiples esfuerzos, la Sociedad de las Naciones fue disuelta en 1946⁵⁰.

Otra situación importante en materia de relaciones internacionales, se detona a partir de la Segunda Guerra Mundial. Entre los antecedentes que la provocan, se encuentran el ascenso del fascismo en Italia, del nazismo en Alemania y el militarismo japonés.

Con la derrota de los países del Eje a manos de los Aliados, éstos comenzaron a vislumbrar a partir de la experiencia de la Sociedad de las Naciones la creación de la Organización de las Naciones Unidas, que como se sabe tenía como antecedente las ideas de Emmanuel Kant sobre una gran federación de Estados, la cual tuvo un largo camino que comenzó con la Conferencia de Dumbarton Oaks, a la cual asistieron Estados Unidos, Inglaterra y la Unión Soviética, la reunión se enfocó en la concreción de los objetivos y alcances de la organización; órganos de gobierno y sus funciones, membresía; privilegios y el papel que correspondería a las naciones menos poderosas.

⁴⁹ Bremer, Juan José, *Tiempos de guerra...*, cit. p. 156.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 157.

Entre los acuerdos, se aceptó la creación de un Consejo Económico y Social. Estados Unidos puntualizó la inclusión del tema de los derechos humanos. Finalmente, se alcanzó el consenso de incluirlos como uno de los objetivos de la institución, a través de la promoción del respeto a los derechos humanos⁵¹.

Posteriormente, desde la perspectiva del gobierno de los Estados Unidos, era importante para establecer un consenso a nivel regional, de cara a la reunión de San Francisco. Por lo que convocaron la Conferencia de Chapultepec, donde buena parte de los países latinoamericanos buscaban asegurar que Estados Unidos no centrara su atención en Europa. Se dejó constancia del interés de América Latina de que la ONU tuviera un carácter universal. Al final de la Conferencia se aprobó la Declaración de México, en ella se consignaron principios normativos de las relaciones entre los miembros de la comunidad americana, los cuales mantienen su vigencia y fueron aprobados antes de la Carta de las Naciones Unidas. Entre ellos destacan: la primacía del derecho internacional, la igualdad jurídica de los Estados, el respeto a la soberanía y la solución pacífica de las controversias internacionales⁵².

La Conferencia de San Francisco concluyó el 26 de junio de 1945, con la aceptación de la denominada Carta de San Francisco, en la cual se consignaban referencias explícitas a los derechos humanos, sin embargo nadie sabía cuáles eran dichos derechos, por lo que se necesitaba un documento que los consignara.

El recién formado Comité Económico y Social de las Naciones Unidas emitió su primera recomendación importante, para que la Comisión de Derechos Humanos redactara un proyecto de Carta de Derechos Internacionales. En ese momento, los Estados Unidos y la Unión Soviética habían entrado a la *Guerra Fría*, sus diferencias se hicieron patentes en los trabajos para la redacción del documento encomendado al Comité de Derechos Humanos. Las discusiones más largas en las reuniones de trabajo fueron sobre filosofía política.

⁵¹ *Ibidem*, p. 261.

⁵² *Ibidem*, p. 268-270.

En la primera reunión, se iniciaba con la inquietud del Dr. Chang de que el preámbulo debía recoger las premisas sobre los fundamentos del catálogo. Se acordó establecer parámetros encaminados a enaltecer el concepto de dignidad humana. René Cassin añadió el tema sobre el reconocimiento de una naturaleza humana común y la unidad fundamental de la raza humana. Se preguntaron si se podrían encontrar valores comunes para todos los Estados y qué significaba que ciertos derechos fueran universales. *Anticipándose a dichas preguntas la UNESCO invitó a algunos de los intelectuales más importantes de la época para formar un Comité sobre las bases teóricas de los derechos humanos. Este Comité de expertos, presidido por el historiador E.H. Carr, incluyó al filósofo Richard Mckeon y al filósofo social Jacques Maritain*⁵³.

*“El grupo de filósofos comenzó su trabajo: envió un cuestionario a estadistas y eruditos de todo el mundo – personajes como Mahatma Gandhi, Pierre Teilhard De Chardin, Benedetto Croce, Aldous Huxley y Salvador Madariaga – en el que solicitaba sus puntos de vista sobre la idea de una declaración universal de derechos humanos.”*⁵⁴

Para el primer borrador de la Declaración de Derechos Humanos, se comisionó a John Humprey, quien solicitó a su equipo de trabajo un estudio de todas las constituciones y los instrumentos existentes en el mundo. Humprey estaba particularmente impresionado por 2 declaraciones: el borrador de la Declaración Panamericana, por entonces en discusión en América Latina y la Declaración sobre Derechos Humanos Fundamentales de 1944, basada en un estudio patrocinado por el Instituto de Derecho estadounidense.

El borrador de América Latina representaba una mezcla de los principales elementos contenidos en las tradiciones jurídicas continentales europeas y angloamericanas; además, de una lista de derechos; era supranacional, y proclamaba que los derechos esenciales del hombre no derivan del hecho de que sea nacional de determinado Estado, sino de que se basan en atribuciones de su personalidad humana.

⁵³ Glendon, Mary Ann, *Un Mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la declaración Universal de los Derechos Humanos*, trad. Pedro de Jesús Pallares Yabur, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p.97.

⁵⁴ *Ibidem* p.98.

En tanto, en el documento del Instituto de Derecho Estadounidense se había consultado a expertos de diversos países, y que pertenecían a distintas culturas, con el fin de constatar hasta que punto podía existir un consenso mundial respecto a ciertos derechos. Después de estudiar este material Humphrey presentó un listado de 48 elementos que representaban, bajo su punto de vista el núcleo de derechos, que incluían los derechos civiles y políticos de primera generación que se encuentran en las declaraciones revolucionarias británicas, francesa y americanas de los siglos XVIII y XIX entre los que encuentran: protección a la vida, la libertad y la propiedad, libertad de expresión, religión y reunión. También recogía los derechos de segunda generación, los derechos económicos y sociales, que se encontraban en construcción a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: derecho del trabajo, a la educación y a la subsistencia básica.

Refiere Mary Ann Glendon que cuando se presentó el primer borrador, los redactores se dieron cuenta que no tenía una estructura ni una lógica, por lo que René Cassin se encargaría de redactar un nuevo borrador. Cassin añadiría un preámbulo que iniciaba con una explicación de las razones por las que se necesitaba suscribir un documento internacional de derechos humanos y lo que aspiraba a conseguir. En tanto, el comité de filósofos de la UNESCO llegaba a conclusiones prácticas. Indicaban que varias de las respuestas de tradiciones no occidentales apuntaban a que las fuentes de derechos humanos se encontraban presentes en sus propias culturas, a pesar de que el lenguaje relativamente moderno de los derechos se hubiera desarrollado en Europa.

La declaración representaba el cumplimiento de una promesa de la Carta de las Naciones Unidas, que mencionaba los derechos humanos siete veces, pero no especificaba qué eran o cómo debían protegerse. La Declaración necesitaría complementarse con pactos y un aparato coactivo. Se elaboraron 2 pactos para implementar la Declaración. Los 2 pactos de las Naciones Unidas tuvieron que esperar 10 años entre su conclusión y la recepción del suficiente número de ratificaciones para surtir efectos.

Además, debemos destacar los llamados “juicios de Nüremberg” que consisten: *“en una serie de juicios celebrados entre 1945 y 1947 las fuerzas de ocupación de Alemania juzgaron a los nazis y a sus colaboradores por sus crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinatos y otros delitos comunes cometidos en pro de los objetivos nazis. De todos estos procesos, el Tribunal Internacional de Nüremberg que juzgó a la cúpula nazi entre octubre de 1945 y octubre de 1946 es el más conocido.”*⁵⁵

De este modo, tuvieron lugar los referidos juicios de Nüremberg, de acuerdo con el acta del juicio, fechada el 21 de noviembre de 1945, el fiscal Robert Jackson, señaló lo siguiente:

“Nunca antes en la historia del Derecho se ha hecho el esfuerzo de aunar en un único proceso los sucesos de una década, ocurridos en todo un continente y que afectan a multitud de naciones...a pesar de la magnitud el mundo exige una intervención inmediata.

(...)

*Por desgracia, estos crímenes son de tal naturaleza que las naciones vencedoras han de ser las que acusen y juzguen a sus enemigos vencidos.”*⁵⁶

Por su parte Francois De Menthon, en su alegato de 17 de junio de 1946, sostenía lo siguiente:

*“La guerra absoluta, total en cuanto a métodos y objetivos, nace de la supremacía de la raza aria y de la negación de cualquier otro valor. La ideología nazi considera la selección como un principio natural. Aquel que no pertenezca a la raza superior, no será importante. La vida humana, y menos aún la libertad, la personalidad o la dignidad humana, carecen de valor cuando se trata de un enemigo de la comunidad alemana. Nos enfrentemos a un verdadero retorno a la barbarie con todas sus consecuencias.”*⁵⁷

Por su parte Sir Hartley Shawcross, dedicó su alegato final a señalar lo siguiente:

⁵⁵ Judt, Tony, *Postguerra*, trad. Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey, España, Editorial Taurus, 2011, p. 92.

⁵⁶ Owen, James, *Nüremberg, el Mayor Juicio de la Historia*, trad. Encarna Belmonte y Ferrán Esteve, Barcelona, Editorial Memoria Crítica, 2006, p. 46.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 112.

“rebatíó los argumentos de la defensa contra la ley que regía el proceso. Explicó que dicha ley se fundamentaba en acuerdos internacionales firmados por Alemania y que, cuando no era así, la justicia natural exigía a la civilización brindar un mecanismo que convirtiera la indudable culpabilidad moral de los acusados en una culpabilidad legal que permitiera castigarlos por sus crímenes.”⁵⁸

En este contexto, el 10 de diciembre de 1948 a través de la resolución 217 A (III) se firma la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente a estos procesos, según Eric Hobsbawn: *“...a finales de los años cincuenta los viejos imperios eran conscientes de liquidar el colonialismo formal.”⁵⁹*

De ahí que diversos países, liderados por Indonesia, y el entonces presidente Sukarno, convocaron a una conferencia en la cual anunciaban su determinación de actuar como agentes de la historia, para avanzar en la autodeterminación y la igualdad racial.⁶⁰

Dichos esfuerzos conducirían a la firma de nuevos instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación.

En razón de ello, el derecho en lo general, los derechos humanos en particular y el derecho internacional, se encuentran interconectados, comparten un origen común, sin embargo, aún queda pendiente el rubro sobre las características comunes y hasta qué grado los derechos humanos afectarán al derecho en general, en cuanto al sistema.

Para destacar el tema de las características comunes que comparten el derecho en general, los derechos humanos y el derecho internacional, en particular, acudiremos a la historia, destacando como se daban las relaciones en la antigua Roma, como un antecedente del derecho de gentes.

De acuerdo con Rodolfo Sohm, la historia del derecho civil atraviesa dos etapas fundamentales, conforme a lo siguiente:

⁵⁸ *Ibidem*, p. 326.

⁵⁹ Hobsbawn, Eric, *Historia del Siglo XX*, 11ª impresión, trad. Juan Faci, Jordi Ainaud y Carme Castells, Barcelona, Editorial Crítica, 2007, p. 224.

⁶⁰ Cfr. Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights, 3rd edition*, United States of America, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 235.

“La primera es la época del campesino. El ciudadano del Estado patricio-plebeyo hallase arraigado todavía al terreno, del cual toma vida y fuerza. Sus deberes y su valor se miden por sus tierras. La tierra manda. Los primeros terratenientes llevan la dirección de los comercios centurianos. Cuando el plebeyo conquista la propiedad privada sobre la casa y la tierra, su interés político y económico muévase todo en pos de los derechos sobre el ager publicus sobre los territorios...El terrateniente representa la típica ciudadanía romana de esta época. El derecho civil tiene todavía un sello romano-nacional, latino – es severo, grávido, preciso en la forma y pobre todavía en negocios jurídicos. Es ya derecho civil, basado en el principio de la libre propiedad y del libre comercio- más sobre el pesa aun el primitivo aire de mezquindad y angustia aldeanas. Es la era del derecho municipal, instrumento de una ciudad destinada, y acotada celosamente, un derecho de terratenientes cifrado en el ius strictum, formado por normas rígidas propias de un tráfico todavía tardo y embarazoso.”⁶¹

Con la evolución de la propia Roma, esta deja de ser una ciudad de campesinos, de acuerdo a lo siguiente:

“A sus mercados afluyen los pueblos y riquezas del mundo y la cultura helénica...El campesino nacionalista desaparece ante el nuevo ciudadano del universo; del antiguo derecho rústico sale el derecho universal. El ius civile tradicional va adaptándose a las orientaciones progresivas del ius Gentium regulador del tráfico internacional, que, uniendo a la flexibilidad de las formas comerciantes...deja margen a los postulados de la equidad y a la idea de la buena fe, sin la cual no puede existir comercio. A comienzos del siglo III, Caracalla concede la ciudadanía romana a la gran masa de los súbditos del Imperio. Formalmente, el derecho civil sigue siendo atributo privativo del ciudadano romano. Pero éste se convierte en ciudadano de un vastísimo Imperio. Y el derecho civil deja de ser un derecho privado, celosamente nacional, para transformarse en derecho privado del orbis terrum, en que el ciudadano es una persona privada abstracta e imperecedera; al par que el derecho de gentes se convierte en un ius Gentium universal, destinado al comercio de todos los tiempos y pueblos. Merced a esto, conquista el derecho romano su inmortalidad... Tales son, resumidos, a grandes rasgos, los dos magnos periodos de la historia del derecho romano: el del derecho de la ciudad...y el derecho universal de la época del Imperio. En el primero prepondera el derecho estricto, formal y nacionalista, de sello latino: el ius civile que refleja el pasado. En el segundo triunfa la equidad, forjando un derecho libre de formas, al calor del comercio universal- ius gentium- informado por el intercambio de romanismo y el helenismo: el ius civile del porvenir.”⁶²

⁶¹ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 25.

Con la muerte de Pompeyo y la caída de la República a manos de Julio César y el establecimiento del Imperio romano, la nueva misión del legislador era proveer de unidad al Imperio. En materia civil, la iniciativa de unidad se desprendía del comercio recíproco. Sin embargo, existía la cuestión de cómo convertir en legislación de un gran Estado aquella costumbre civil, que se encontraba con un gran número de leyes anticuadas y casi olvidadas. Dicha respuesta vendría del derecho internacional privado, conforme a lo siguiente:

“Hacia muchos siglos que había un derecho internacional privado como resultado de las cotidianas relaciones entre romanos y no romanos... Sin tener que sujetarse a tal o cual derecho particular, romano, helénico, fenicio y otro, esta ley se refería a las nociones generales que estaban en uso en el comercio humano de cualquier naturaleza que fuera. La nueva jurisprudencia encontró su punto de apoyo: al principio arbitró las relaciones jurídicas entre los romanos y reemplazó la antigua ley, entonces vigente e inaplicable en la práctica, por un derecho civil prudente y nuevo, verdadera transacción entre la ley nacional de las Doce Tablas y el derecho internacional, o el derecho de gentes, como se lo llamaba.”⁶³

Con ello ha quedado demostrado asimismo, que los derechos humanos poseen la característica de ser un producto histórico, podrían englobarse del modo que lo hace Emmanuel Kant en el sentido de constituirse como el fin de la especie humana, en razón de lo siguiente:

“Séptimo principio

La misma insociabilidad que obligó a los hombres a entrar en esta comunidad, es causa, nuevamente, de que cada comunidad, en las relaciones exteriores, esto es, como Estado en relación con otros Estados, se encuentre en una desembarazada libertad y, por consiguiente, cada uno de ellos tiene que esperar de los otros ese mismo mal que impulsó y obligó a los individuos a entrar en una situación civil legal... Aunque esta idea parece una divagación...no por eso deja de ser la única salida ineludible de la necesidad en que se colocan mutuamente los hombres, y que forzará a los Estados a tomar la resolución que también el individuo adopta tan a desgana, a saber: a hacer dejación de su brutal libertad y a buscar tranquilidad y seguridad en una constitución legal.”⁶⁴

⁶³ Mommsen, Theodor, *Historia de Roma, libro V. Fundación de la monarquía militar*, segunda edición, trad. A. García Moreno, España, Turner publicaciones, 2003, pag. 570.

⁶⁴ Kant, Emmanuel, *Filosofía de la Historia*, 12ª reimpresión, trad. Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 52.

En épocas más modernas, desde los años noventa existe un movimiento denominado “derecho común de los derechos humanos”, que se encamina a la construcción de un derecho común transnacional de derechos humanos. La formación de este derecho común es el resultado de una creciente referencia cruzada entre varias cortes internacionales y domésticas que interpretan las disposiciones que, aunque se encuentran en diferentes tratados o constituciones, a través de un lenguaje común que encuentra su inspiración en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es importante mencionar que una serie de factores han alentado esta cuestión. Cuando John Humphrey, entregó su primer borrador de Declaración, éste contenía casi doscientos años de esfuerzos para articular los valores humanos básicos en términos de derechos. Asimismo, se trate de los niveles universal o regional, todos los tratados de derechos humanos derivan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la cual piden prestado, algunas veces de manera literal, el lenguaje utilizado.

Por ello, resulta natural para las cortes internacionales u organismos cuasi-judiciales, pertenezcan al nivel regional o universal, citarse unas a las otras, y establecer un diálogo con las cortes nacionales que aplican derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, donde el lenguaje es igual o similar. Tampoco podemos ignorar los cursos de capacitación que impulsan entre ellas, donde existe un significativo intercambio de experiencias, que después se encuentran plasmadas en decisiones jurisdiccionales.

Sin embargo, la pretensión de universalización (unificación) del derecho internacional de los derechos humanos, conforme al reporte del grupo de la Comisión de Derecho Internacional, encabezado por Martti Koskeniemi, indica que la creación de regímenes especializados ha provocado una fragmentación que ha alcanzado una significación legal acompañada por el surgimiento de reglas especializadas y autónomas. Por lo que se indica en dicho reporte, que lo que alguna vez apareció gobernado por el derecho internacional general, ahora es el campo de operación de sistemas especiales como el derecho comercial, los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho del mar, el derecho

europeo, el derecho de inversión o el derecho de los refugiados, cada uno con sus propios principios e instituciones. Teniendo como resultado el conflicto entre reglas o sistemas de reglas, lo que trae como consecuencia la desviación de las prácticas institucionales y, posiblemente, la pérdida de toda una perspectiva sobre el derecho. Se asegura que en la práctica de los tribunales internacionales, que incluye el Panel de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio o las Cortes de Derechos Humanos de América y Europa, se hace constantemente referencia a varios tipos de principios, algunos delineados desde el derecho interno, algunas veces desde la práctica internacional, pero frecuentemente de un modo que deja su autoridad sin especificar⁶⁵.

Conforme a lo antes referido, se tiene que como parte del desarrollo y de las características de los derechos humanos y su separación del derecho internacional público, se observa una tendencia en el desarrollo del derecho internacional público que lo lleva a la especialización o fragmentación, que en opinión de Malcolm Shaw consiste en lo siguiente:

“En muchas maneras es la explosión de la globalización, con su consecuente expansión y práctica a través del mundo, que ha precipitado el problema de la fragmentación, siendo definida como el surgimiento de esferas especializadas relativamente autónomas de estructura y acción social. Lo cual ha conducido a un debate entre la relación entre regímenes auto contenidos en el derecho internacional y el sistema como un todo, con el temor expreso de que el surgimiento de dichas reglas de especialización puedan provocar conflictos entre sistemas locales e inconsistencia en la interpretación y desarrollo del derecho internacional: por ejemplo el principio del derecho especial (lex specialis) deroga el derecho general (lex generalis), tal que el más detallado y específico tendrá prioridad... Además, mientras las decisiones de las cortes y tribunales internacionales no siempre pueden ser compatibles, existe una jerarquía de autoridad con la Corte Internacional de Justicia. El reporte de la Comisión de Derecho Internacional arribó a dos conclusiones principales, primero que el surgimiento de regímenes de tratados especiales no han minado la seguridad legal, la previsibilidad o la igualdad de los sujetos legales y en segundo lugar que el incremento de

⁶⁵ Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

atención tendrá que ponerse en la colisión de normas y regímenes y las reglas, métodos y técnicas para lidiar con dichas colisiones.”⁶⁶

Asimismo, el principio de universalidad, que tiene su rivalidad con el derecho general interno, ha pasado por este periodo de confrontación, que hemos señalado de las dualidades que existen al interior del propio derecho, por ejemplo en México primero fueron los derechos del hombre en la constitución de 1857, después las garantías individuales en 1917, y ahora, con la reforma de 2011, se ha aceptado la denominación de derechos humanos.

Sin embargo, debemos mencionar que no todos los derechos humanos poseen ese carácter universal, ya que tan sólo algunos han adquirido en la práctica dicha particularidad. Nos referimos a los que tienen el estatus de “norma imperativa de derecho internacional”, tanto en el ámbito interno como en el ámbito externo de un Estado, conforme a la definición proporcionada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, el *ius cogens*, delimitado en los términos siguientes:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. 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.”⁶⁷

Como se advierte no todo derecho humano alcanza la condición de *ius cogens*, solo un pequeño puñado de derechos, como lo son: “...la prohibición a la agresión, la esclavitud y el comercio de esclavos, el genocidio...la discriminación racial, apartheid y la tortura...al igual que ciertas reglas básicas de derecho humanitario aplicables a los conflictos armados y el derecho a la autodeterminación.”⁶⁸. Esta característica *ius cogens* vista desde la arista de los derechos humanos tendrá trascendencia cuando se observe el capítulo sobre filosofía, para señalar si el

⁶⁶ Shaw, Malcolm, *International Law*, Sixth Edition, United Kingdom, Cambridge University Press, 2012, p. 65.

⁶⁷ Vallarta, José Luis, *Derecho Internacional Público*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 77.

⁶⁸ De Shutter, Olivier, *International Human Rights Law*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2010, p. 65.

mismo se acerca más a la corriente contractualista o utilitarista, y ver qué efecto tiene en los derechos humanos, a través del control de convencionalidad.

Asimismo, en opinión de Olivier De Shutter existen otros derechos que aspiran a ostentar el estatus de *ius cogens* entre los que destacan: “...la aplicación de la pena de muerte a los jóvenes...la prohibición de *refoulement*, es decir, el regreso de una persona a un territorio donde existe un riesgo de que sea torturada o sea tratada de un modo cruel.”⁶⁹

Asimismo, destaca el carácter *erga omnes* de los derechos fundamentales de la persona humana, tal como lo asentó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* de 1970, en el cual señaló:

“...Una distinción esencial, en particular, se debe establecer entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen vis a vis entre los estados...Por su naturaleza misma, las primeras les conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos en causa, todos los Estados se pueden considerar como poseedores de un interés jurídico ya que esos derechos deben ser protegidos; las obligaciones de este tipo, son obligaciones erga omnes.

*Estas obligaciones derivan, por ejemplo, del derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, pero también de principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, que comprenden la protección contra las prácticas de la esclavitud y la discriminación racial.”*⁷⁰

Por lo que hace a la característica del *ius cogens*, inmediatamente, surgen cuestionamientos relativos a si existe un *ius cogens* mundial, que a su vez se puede dividir en aquel de la comunidad de Estados y aquél perteneciente al sistema universal de la ONU; el regional, que también se puede subdividir en aquel que reconocen los Estados de cierta región y el reconocido por los organismos regionales que lo conformen; el de las instituciones intergubernamentales en el cumplimiento de su mandato así como aquel que se

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Distefano, Giovanni y Buzzini, Gionata, *Bréviare de Jurisprudence Internationale*, 2me édition, Belgique, Bruylant, 2010, p. 451.

presenta en sus relaciones con otras instituciones o incluso un *ius cogens* nacional.

Este cuestionamiento es resultado de la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, en los múltiples sistemas como el universal, regional, el de las instituciones intergubernamentales y la jurisdicción nacional, todos ellos con sus subdivisiones, lo que trae aparejada una multitud de interpretaciones, respecto de los mismos principios, pero entendidos en sentidos diversos, de tal suerte que el sistema universal, que conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas posee una primacía, en términos de los artículos 1° y 25 de la Carta, que obligan a todos los miembros de las Naciones Unidas a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con la misma, también acepta la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, de acuerdo al artículo 52 de la Carta.

Como se advierte, la supremacía de la carta de las Naciones Unidas no impide reconocer ciertos derechos a nivel regional, lo que se refrenda con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que indica que una norma imperativa es aquella 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, o sea la norma debe ser de *ius cogens*, definición que si se lleva a un ámbito regional mantiene el estatus de la comunidad de Estados, aunque acotada a una región, ya que, como se destacó, la Carta de la ONU permite la existencia de acuerdos u organismos regionales.

Un Estado tiene la obligación de respetar y observar las normas que en un nivel universal y regional le imponen, atendiendo al principio *pacta sunt servanda*, y porque, aunque no existiera un instrumento internacional que le obligara, si la aplicación se da en el ámbito interno, existe una declaración unilateral de la

voluntad del Estado de sujetarse a su contenido. De igual modo, además, un Estado nacional podría imponer un *ius cogens* nacional en su propio territorio y convertirlo en un elemento característico de su identidad legal, por último, tampoco podemos ignorar que la adopción de normas de *ius cogens* en un Estado se podría realizar a través de la costumbre.

En este sentido, autores como Michel Virally, al analizar el *ius cogens*, mencionan los tres elementos que conforman la definición de *ius cogens*, esto es:

“1) norma imperativa; 2) pertenecer al derecho internacional general y 3) anular los tratados concertados que violan sus disposiciones.”⁷¹

Como se advierte, siempre que en el ámbito doméstico existan normas con imperatividad, que deriven del derecho internacional y que desapliquen otras normas similares, estaremos en presencia de normas *ius cogens*. Así no importa si estas normas se aplican en el ámbito externo o interno de los Estados.

Así, el carácter imperativo de esta clase de normas impide su derogación unilateral, como lo menciona Virally:

“En otras palabras, las normas de derecho internacional suelen constituir lo que se llama el derecho “resolutivo”, cuando el ius cogens se caracteriza precisamente por el hecho de que prohíbe dicha derogación en las relaciones mutuas entre dos estados. Esto significa que un Estado no puede liberarse de las obligaciones que le impone una norma de ius cogens con respecto a otro Estado ni siquiera mediante un tratado, es decir con el consentimiento de ese otro Estado: este último no puede renunciar por sí mismo a sus derechos.”⁷²

Como se advierte, el carácter de norma de derecho internacional general deriva, de acuerdo a Virally, de la universalidad que el *ius cogens* adquiere para la sociedad internacional en su conjunto, es decir, que esta sociedad se ha dotado de sus propios valores y que puede invocar, a su favor, un verdadero interés general, expresado en la norma de derecho internacional que debe prevalecer sobre los intereses particulares de sus miembros.

⁷¹ Virally, Michel, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 167.

⁷² *Ibidem*, p. 169.

Por lo anterior, el elemento que define al *ius cogens*, es que consiste en una norma que anula toda norma violatoria, esto, según Virally, constituye el carácter esencial del *ius cogens*, toda vez que los efectos jurídicos aplicables a las normas que lo violen es la nulidad, que constituye la sanción más grave que pueda decretarse en contra de un acto jurídico, porque suprimir todos los efectos de derecho que normalmente habría producido.

Asimismo, Alexander Orakherashvili, al investigar la cuestión de las normas *ius cogens*, identifica una serie de principios compatibles con dicho estatus, es decir, deben salvaguardar intereses que trasciendan aquellos de los Estados individuales, lo que significa que poseen una connotación moral o humanitaria, debido a que su violación involucraría un resultado moralmente deplorable que sería considerado absolutamente inaceptable por la comunidad internacional en su totalidad, y consecuentemente, no se permite dividir estos intereses en relaciones legales bilaterales, ejemplos de lo anterior serían: la prohibición del uso de la fuerza, el derecho a la vida, aquellos que prohíben el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial, la agresión, la adquisición de territorio por la fuerza, las ejecuciones sumarias, la supresión forzada del derecho de los pueblos a la autodeterminación, la tortura, la igualdad ante la ley, desaparición, detención arbitraria y *non-refoulement* que han sido reconocidos por diversos tribunales internacionales, como son la Corte Internacional de Justicia, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, lo que significa que existe una gran variedad de fuentes para la creación de una norma de *ius cogens*.

En este contexto, por lo que hace a la prohibición del uso de la fuerza, como principio de *ius cogens* en diversos casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia, se tiene lo siguiente:

“La prohibición del uso de la fuerza, indudablemente, forma parte del ius cogens. El juez Negendra Singh enfatizó que el principio del no uso de la fuerza, era la piedra angular del esfuerzo humano para promover la paz, es parte del ius cogens. El juez Sette-Camara también señaló que este principio es parte de las reglas perentorias del derecho internacional consuetudinario el cual impone obligaciones a todos los Estados. En el caso de las Plataformas Petroleras, el juez Simma afirmó que las normas de derecho

internacional general respecto al uso unilateral de la fuerza son, indudablemente, de una naturaleza perentoria. El juez Elaraby puntualizó en su opinión separada, en el caso del muro en Palestina, a la prohibición del uso de la fuerza como el principio más importante que emergió en el siglo veinte, y que indudablemente era parte del ius cogens.”⁷³

En el sistema interamericano tanto la Comisión como la Corte han afirmado la naturaleza *ius cogens* del derecho a la vida el principio de igualdad ante la ley, en razón de lo siguiente:

“...De acuerdo a la Comisión Interamericana, el derecho a la vida forma parte del ius cogens.

(...)

La Corte Interamericana afirmó que el principio de igualdad ante la ley, la igualdad de la protección de la ley y la no discriminación pertenecen al ius cogens porque toda la estructura legal del orden público nacional e internacional descansa en ello.”⁷⁴

Por su parte el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia indicó, en el caso *Furundzija*, respecto a la tortura, lo siguiente:

“Consecuentemente, la prohibición de la tortura es una norma perentoria, similar a los otros principios generales que protegen los derechos humanos fundamentales.”⁷⁵

Además, debe considerarse el caso *Timor Oriental*, donde la Corte Internacional de Justicia, sostuvo que el derecho de los pueblos a la autodeterminación, como fue desarrollado por la práctica de la Carta de las Naciones Unidas, de poseer un carácter *erga omnes*, es irreprochable.

Así, el principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por las Naciones Unidas y la jurisprudencia de la Corte. Es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, la Corte considera que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento de la jurisdicción son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la naturaleza de la

⁷³ Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Great Britain, Oxford University Press, 2008, p. 50.

⁷⁴ *Ibidem*, p 54.

⁷⁵ *Idem*.

obligación invocada, la Corte no puede decidir sobre la legalidad de la conducta de un Estado, cuando su decisión implique una evaluación de la legalidad de la conducta de otro Estado que no es parte del caso. Cuando esto ocurra, la Corte no puede actuar, aun si el derecho en cuestión es un derecho *erga omnes*.

Tampoco podemos ignorar que con el movimiento creciente en favor de los derechos humanos, se ha revivido el término *ius commune*, bajo este rubro, autores como Olivier De Shutter⁷⁶ señalan que ya sea que se hayan ratificado o no los tratados que han proliferado desde 1950 en los niveles internacional y regional, todos los Estados se encuentran obligados a respetar los derechos humanos reconocidos a nivel internacional. En este sentido, en su opinión, la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser vista simplemente como clarificadora del significado de la Carta de la ONU en lo que se refieren a los derechos humanos como un objetivo a ser alcanzado por todos los miembros de la ONU. En particular, el artículo 55 de la Carta de la ONU impone a las Naciones Unidas el deber de promover el respeto universal, observancia de los derechos humanos para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión; bajo la previsión del artículo 56, todos los miembros de las Naciones Unidas tomarán medidas conjuntas o separadas para la cooperación con la organización para el logro de los propósitos del artículo 55.

Sin embargo, señala Olivier De Shutter⁷⁷ se ha cuestionado, si las previsiones de hecho imponen una obligación legal, o simplemente definen en términos generales un programa de acción para la organización. Las visiones escépticas confundían la pregunta de si las provisiones de la Carta eran autoaplicativas, con la pregunta de si eran legalmente vinculantes, y se establecían bajo la premisa de un carácter indeterminado del contenido de los derechos humanos referido en la Carta, que la Declaración Universal de Derechos Humanos precisamente busca hacer explícitos.

⁷⁶ De Shutter, Olivier, *International Human Rights...*, cit., p. 31.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 49.

Al respecto, refiere Oliver De Shutter,⁷⁸ la Corte Internacional de Justicia parece haber puesto fin a esta controversia, cuando en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias Legales para los Estados respecto a la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*, señaló que para establecer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones exclusivamente basadas en la raza, color, origen étnico que son una negación de los derechos humanos, constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta.

1.8.- Derechos Humanos como parte de la costumbre internacional

En opinión de De Shutter, existe un consenso creciente que muchos, sino es que todos, los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos han adquirido un estatus de costumbre internacional, misma que se explica más adelante. La costumbre en principio requiere, para ser establecida, la práctica reiterada de los Estados y evidencia de una creencia de que esa práctica es considerada obligatoria para la existencia de una norma legal que así lo requiera. Vg. La revisión que hace la ONU en las evaluaciones de diversos tratados.

1.9.- Derechos Humanos como principios generales del derecho

De igual modo, Oliver De Shutter⁷⁹ señala que esto significa el reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como una fuente de obligaciones legales, lo cual ha sido alentado por la perspectiva adoptada por la Corte Internacional de Justicia. La Corte se ha abstenido de sostener que la Declaración, en la totalidad de sus artículos debe ser considerada como costumbre internacional. Se ha referido a la Declaración en numerosas ocasiones, aunque respecto a un derecho en específico y sin declarar la fuente de la autoridad de la Declaración. Por ejemplo, aludiendo al arresto arbitrario estipulado en el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señaló en *Rehenes en Teherán* que privar a un ser humano de su libertad y someterlo

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Ibidem*, p. 53-54.

físicamente en condiciones de rudeza es contrario a los principios enunciados en la Carta de la ONU, al igual que a los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1.10.- Nuevo paradigma

Para Thomas Khun un paradigma posee dos significados, a saber: por un lado, hace alusión a toda la constelación de creencias, valores, técnicas y demás, compartidos por los miembros de una comunidad dada. Por otro, denota un tipo de elemento de dicha constelación, las soluciones concretas a rompecabezas que, usadas como modelos o ejemplos, pueden sustituir a las reglas explícitas como base para la solución de los restantes rompecabezas de la ciencia normal⁸⁰. Aclarado lo anterior, nos referiremos al paradigma de acuerdo al segundo significado asignado por Khun.

Ante el nuevo escenario que se cierne sobre el sistema jurídico mexicano, se observa reina una total incertidumbre respecto de la senda que seguirán los derechos humanos en un sistema jurídico ya construido que se resiste a ser permeado por el nuevo paradigma en materia de derechos humanos.

Conceptos que poseían un carácter inamovible, como los de capacidad, personalidad, interés jurídico y soberanía, se transforman con el arribo de los derechos humanos.

Con la perspectiva o enfoque en los derechos humanos, la capacidad jurídica que, anteriormente, se otorgaba de manera exclusiva a ciertos sectores de la población, ahora se ha ampliado a sujetos a los que a lo largo de la historia se les había negado, como son los niños, discapacitados, adultos mayores, migrantes, reos, mujeres, indígenas, al aceptar que poseen derechos independientemente de su condición.

⁸⁰ Kuhn, Thomas, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, 1ra reimpr., trad. Carlos Solís, México, FCE, 2007, p. 302-303.

De este modo, cabe preguntarse si el Derecho puede seguir concibiéndose como el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana, o que el mismo es una técnica social que encausa dicha conducta a través de la coacción en caso de un acto antijurídico, que encuentra su razón de ser en la norma fundamental, en el ámbito nacional y que en el ámbito internacional se identifica con el derecho internacional, a través del principio *pacta sunt servanda*.

En ese sentido, y conforme a la tensión entre la introducción de los derechos humanos en el país y el sistema legal vigente, que se niega a ceder lugar a los mismos, que hemos enunciado desde el comienzo, autores como Pedro Salzar advierten lo siguiente:

*Para algunos, las decisiones de la Corte Interamericana, aunadas a los cambios constitucionales nacionales en materia de derechos humanos, representan todo un cambio de paradigma que va desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos, es decir, que camina en la dirección que haría posible el ideal del *Ius Commune*. Pero, para otros, en cambio, se trata de decisiones anodinas que aportan muy poco o, de plano, de sentencias peligrosas que amenazan a la soberanía nacional y, en esa medida, al *Ius Nationale* que es el único que les interesa defender. Ahí reside la disputa por los derechos⁸¹.*

En opinión de Sergio García Ramírez el control judicial de convencionalidad debe ser factor de armonización jurídica, no semilla de dispersión, ya que, en su opinión se requiere establecer los cauces, los métodos, los procedimientos, las facultades, las consecuencias de ese control para avanzar en la unificación nacional de la interpretación y abonar en seguida al *Ius Commune*, que pudiera verse obstruido por un control descontrolado. Toda vez que hay opiniones que postulan un régimen de media vía entre el control concentrado y el control difuso, toda vez que la Corte Interamericana no ha optado por una sola de estas modalidades de

⁸¹ Salazar, Pedro, *La Disputa por los Derechos y el Ius Constitutionale Commune*, en Von Bogdandy, Armin, et.al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 48.

control, cuya selección debiera atender a las tradiciones, posibilidades, ventajas que deriven de la circunstancia nacional⁸².

Por su parte, Eduardo Ferrer es de la opinión de que ante la apertura no solo del *corpus iuris* interamericano, sino hacia el derecho internacional, para prevenir el peligro de la fragmentación, los principios de armonización y *pro persona*, se convierten, además de una guía o pauta interpretativa, en la clave para lograr la máxima efectividad de los derechos humanos⁸³.

Para poder resolver este aspecto, resulta importante, echar mano de la filosofía de la historia, toda vez que ésta nos auxiliará a proyectar la relación entre derecho general y derechos humanos. Desde esta perspectiva, para Raymond Aron, al analizar ejemplos diferentes de acontecimientos institucionales, como el hecho de que un juez pronuncie una sentencia, indica que para comprender este acto, en su opinión, la psicología del juez importa poco, basta el conocimiento del sistema jurídico, lo cual represente el caso particular en que la interpretación racional se desenvuelve en el interior de una lógica social.⁸⁴

Sin embargo, no podemos olvidar que el realismo jurídico y su énfasis en el tema psicológico, han demostrado lo contrario.

Según Raymond Aron, el acto jurídico es complejo, en razón de lo siguiente:

“Si consideramos un contrato entre dos individuos tenemos que distinguir el contrato concluido en su significación legal, tal como lo interpretaría un jurista ideal, y las intenciones quizá divergentes de las dos partes, el fin que cada una esperaba alcanzar, el valor que daban a un acuerdo (valor que quizá coincide con la validez jurídicamente admisible). En otros términos, un acto jurídico entre particulares implica dos comprensiones...una según las partes y otra de acuerdo al sistema jurídico. Llamemos a la primera la del historiador, la segunda la del jurista pasando por el sentido vivido; aquel,

⁸² García Ramírez, Sergio, *La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos hacia un Jus Commune*, en Von Bogdandy, Armin, et.al. (coord.), *Jus Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 490.

⁸³ Ferrer, Eduardo, *Panorama del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 1ra reimpr., México, UNAM, IIJ, Marcial Pons, 2016, p. 688.

⁸⁴ Aron, Raymond, *Introducción a la Filosofía de la Historia*, trad. Ángela H. De Gaos, Argentina, Editorial Losada, 2006, p. 158.

irreversiblemente por el sentido vivido, a través del intermediario el sentido jurídico.

El acto del juez presenta una complejidad mayor el resultado es con frecuencia objetivamente perceptible.

La comprensión...evita el equívoco de las conciencias aun cuando se atiende a sentidos consignados en los textos (del contrato o de las leyes) sin remontar a los motivos de los interesados y de los legisladores. Siempre venga del historiador o del jurista, aparece como una reconstrucción, o de un conjunto jurídico o de experiencia jurídica válida, Objetiva, de hecho y de derecho, si se limita a los hechos perceptibles; incierta, si deben entrar en cuenta las intenciones de las personas; objetiva, de derecho si no de hecho, si el sentido jurídico (de un texto, de un acto privado o de una ley) debe ser unívoco.”⁸⁵

Así, como lo indica Raymond Aron, el intentar proveer al derecho de un orden liga inevitablemente la historia a la teoría, y esta última, como teoría del derecho, a la teoría del derecho expuesta por Hans Kelsen, como punto de partida para entender si de cierto modo, se puede despejar la duda o el pretendido vacío que opera entre el derecho en general y la inclusión de los derechos humanos en un sistema ya estructurado y de cierto modo que se consideraba cerrado, aunque como señala el propio Aron, un sistema social nunca está cerrado, sobre sí mismo, choca con fuerzas externas y sobre todo porque la realidad misma aparece al nivel del orden inteligible.

Conforme a la teoría del derecho presentada por Hans Kelsen, la primer gran interrogante que surge es qué es el derecho y, como contrapartida, en este estudio propondremos la pregunta qué son los derechos humanos. De esta cuestión, salta a la vista que la segunda pregunta incluye en el concepto por el que se pregunta en la primera pregunta, es decir qué es el derecho aunque lo califica como “humano”.

El derecho es una palabra multívoca que puede referirse a la regulación de relaciones de poder, a la regulación de la conducta humana, al conjunto de normas legales, al anhelo de paz y justicia como fin, al dictado de una sentencia, a la aplicación de la ley, a un sistema legal pasado o presente, al argumento que

⁸⁵ *Ibidem*, p. 160.

sostienen las partes para convencer al juez de que se avenga a su causa y falle a su favor, a la visión particular que sobre el derecho se tenga, es decir, se puede tener una concepción positivista, naturalista tomista, kantiana del derecho, por ello de algún modo el derecho cuando se utiliza es en cada esfera, eso por lo que se utiliza, es decir, no posee una única dimensión, es una forma de expresión del ser humano en la sociedad que emplea el lenguaje y como tal esta sujeto a interpretación.

El derecho utiliza el lenguaje, por lo que tiene problemas similares a los del lenguaje: vaguedad, ambigüedad y polisemia, así, no es perfecto; además, se nutre de eventos pasados, donde difícilmente hubo testigos o donde cada quien da su versión de cómo ocurrieron los hechos. Por ello puede sostenerse que el derecho es una interpretación que versa sobre la reconstrucción de un evento plausible con afanes de convencimiento o de regulación.

En forma de ley, tratado, reglamento, circular, usos, costumbre, el derecho es una interpretación de lo que debería ocurrir en el mundo real, es decir, se trata de una predicción o interpretación del ser humano sobre el desarrollo de una forma ideal de los hechos, cuando es sustantivo, en tanto, en su forma adjetiva, sobre los trámites para obtener un permiso, para tener por confeso a una persona, por ofrecida una prueba o por válido un acto.

En cuanto al derecho como regulador de la forma de Estado, es una interpretación que puede construir, por ejemplo, el ámbito federal. De igual modo, es una reconstrucción de una realidad histórica de un Estado determinado, por el cual erigirá su forma de vida, sus instituciones de gobierno y las leyes válidas dentro de un determinado gobierno. Esto por lo que hace al derecho en general y que de igual modo, abarca a los derechos humanos, sin que se haya establecido qué es lo humano, quién es humano y que de lo humano es válido para toda época y lugar, sin importar la preferencia política, económica, social o cultural.

Al respecto, de una forma abstracta, se puede afirmar que siempre han existido la opresión, la pobreza, el abuso del poder, cuestiones que son reales, y que

proyectan en la población ideales de cómo debería acontecer dicha situación de opresión, de una forma que atempere las cuestiones de la vida cotidiana de una forma menos gravosa a la misma, a la personalidad, a la propiedad y a las creencias de las personas. Por lo que pudiese afirmarse que lo “humano” o el calificativo humano aplicado al derecho, es una reconstrucción de una interpretación ideal de cómo desarrollar dichas situaciones, con esto basta para afirmar la universalidad de los derechos humanos.

En principio, ya se había comentado que el derecho está presente en las sociedades más primitivas y ha evolucionado, por lo que el derecho en general, es universal. En principio, no se observa una diferencia entre la necesidad de gobernar una tribu primitiva para imponer una pena de muerte al ladrón o al homicida, ni la necesidad de que dicho ladrón u homicida deban ser juzgados conforme a un debido proceso de un modo universal, ambas situaciones han existido y siguen existiendo, por ejemplo, en países como Arabia Saudita continúa estando autorizada la pena de muerte para castigar de tal modo dichas conductas y ambas situaciones son esenciales para el hombre tanto para el que juzga como para los que son juzgados.

Es decir, el derecho en general es inherente al hombre, y por extensión también lo es el derecho humano. Es decir, el argumento de que el derecho humano es inherente y esencial al hombre sigue la suerte del derecho general. Entonces no existe diferencia entre el derecho humano y el derecho general.

Tampoco puede afirmarse que el derecho humano como idea normativa sea producto de la segunda guerra mundial, ya que antes existieron una infinidad de guerras en las cuales no se utilizaba dicha denominación, aunque sí existía el anhelo del que ya hemos hablado. Además, en 1789 ya se usaba la expresión muy cercana de “derechos del hombre y del ciudadano”.

Entonces, aunque se puede creer también que el derecho general y los derechos humanos parten de la guerra, sin embargo, el reconocimiento pleno de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial se debió a la toma de

conciencia sobre la capacidad del poder atómico del hombre para aniquilar la vida en la tierra. En nuestra opinión, la era atómica es la que ha producido la diferencia con otras épocas.

Por lo anterior, podemos sostener que la diferencia entre el “derecho general” y los “derechos humanos”, es la interpretación que hace el mismo ser humano para dotar a los segundos de un carácter tan fundamental para impedir los actos de barbarie que se dieron en la Segunda Guerra Mundial, es decir, los derechos humanos son un producto de la historia, que se ha reconstruido para hacer a los seres humanos conscientes del poder destructivo del que son capaces.

Es decir, al derecho general se le seccionó, mutiló o incorporó esa parte llamada “derechos humanos” como una interpretación que tenía como miras la paz. Entonces la universalidad no puede ser el elemento distintivo entre el derecho general y los derechos humanos, ni tampoco lo inherente y esencial del ser humano, porque el derecho general ha existido desde que el hombre es hombre, como esencial para juzgar a una persona y condenarla a muerte o proscribir cualquier acción encaminada a privar de la vida a una persona.

Entonces, cabría cuestionarnos sobre cuál es el objeto del derecho y cuál es el de los derechos humanos. Respecto, del objeto del derecho general, se ha dicho, conforme a Kelsen que:

“El derecho es un orden de la conducta humana. Un orden es un conjunto de normas. El derecho es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho.”⁸⁶

Asimismo, el derecho para Kelsen representa lo siguiente:

“Tal como lo empleamos en estas investigaciones, no tiene connotación moral ninguna. Designa una técnica específica de organización social. En

⁸⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 3.

*cuanto problema científico, el del derecho es un problema de técnica social, no un problema ético. Este libro se limita a estudiar el concepto de derecho positivo y, por tanto, debe distinguir claramente la ciencia del derecho positivo y la filosofía de la justicia.*⁸⁷

Respecto del objeto de los derechos humanos, se ha dicho que es la protección de la dignidad humana, sin embargo, saltan cuestionamientos como la de John Rawls, para quien los derechos humanos deberían estar relacionados con las “instituciones políticas” y no con “ninguna doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana”, como se destaca en este argumento:

*“Adoptamos, por consiguiente, un enfoque diferente: los derechos humanos fundamentales, expresan un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos que pertenecen, como miembros de buena fe, a una justa sociedad política de los pueblos.”*⁸⁸

Sin embargo, las posturas de Kelsen y Rawls pueden cuestionarse desde el mismo ordenamiento jurídico en el cual poseen predominio los derechos humanos, porque el orden jurídico se concibe como un conjunto de normas jurídicas o instituciones políticas. Con el arribo del derecho internacional de los derechos humanos se observa que las fuentes del orden jurídico internacional corresponden, como señala el artículo 38, del Estatuto de la Corte Internacional, a *las convenciones internacionales, sean generales o particulares, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*⁸⁹, sin ignorar que a nivel nacional se agregan fuentes internas, como la constitución, ya que no únicamente los tratados internacionales son fuente de derecho.

1.11.- Crítica a los derechos humanos

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Rawls, John, *El Derecho de Gentes*, en Shute, Stephen y Hurley, Susan (coords.), *De los Derechos Humanos*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 71.

⁸⁹ Cfr. Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, 10ma reimpr., trad. a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 153.

Asimismo, se han realizado críticas a los derechos humanos, las provenientes de Samuel Huntington, en *El choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial (The clash of civilizations and the remaking of world order)*, y que tienen que ver con el objeto de los derechos humanos, una vez que provee un contexto, que sitúa en la década de los noventa, comenta que los derechos humanos habían adquirido un papel destacado en las políticas exteriores de los Estados europeos y en los criterios manejados por las instituciones económicas internacionales controladas por Occidente para conceder préstamos y subvenciones a países en vías de desarrollo.⁹⁰

En este sentido, continúa refiriendo Huntington, que en el mundo se había dado una reafirmación de las diversas identidades culturales, principalmente, entre los asiáticos, los ortodoxos, los hinduistas, musulmanes e incluso de América Latina. De igual modo, pone el ejemplo, de la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ahora Consejo de Derechos Humanos, en la cual el voto en bloque de los países a favor de sus amigos, volvía ineficaz toda acción de la Comisión. También este relativismo en cuanto a la visión de los derechos humanos, se reflejaría en la Conferencia mundial sobre Derechos Humanos de la ONU, celebrada en Viena en junio de 1993, conforme a lo siguiente:

*“Entre las cuestiones sobre las que los países se dividieron siguiendo criterios de civilización estaban: la universalidad y el relativismo culturales con respecto a los derechos humanos; la relativa prioridad de los derechos económicos y sociales (incluido el derecho al desarrollo) frente a los derechos políticos y civiles; la condicionalidad política respecto de la asistencia económica; la creación en la ONU de un comisario para los derechos humanos...”*⁹¹

Ello porque, según Huntington, meses previos a la Conferencia de Viena los países asiáticos se habían reunido en Bangkok y aprobaron una declaración que señalaba que los derechos humanos se debían considerar:

⁹⁰ Huntington, Samuel, *El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial*, primera reimpresión, trad. José Pedro Tosaus Abadía, España, Paidós, 2006, p. 244.

⁹¹ *Ibidem*, p. 261.

“en el marco...de las particularidades nacionales y regionales y en el contexto de los diversos bagajes históricos, religiosos y culturales; el control del cumplimiento de los derechos humanos violaba la soberanía estatal; y que condicionar la asistencia económica a la actuación en materia de derechos humanos era contrario al derecho al desarrollo.”⁹²

En razón de lo anterior, para Huntignton el mundo es ahora tan árabe, asiático, y africano como occidental. Así, asevera que hoy la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales son menos relevantes para gran parte del planeta que después de terminada la segunda guerra mundial.⁹³ Sin embargo, para matizar los argumentos de Huntignton debemos mencionar que la primera edición de su obra en inglés es de 1996, y que la primera edición en español es de 1997, por lo que podría llevarnos a matizar sus conclusiones para el momento actual.

No sólo esto, dentro del propio occidente en países altamente desarrollados, existen diferentes visiones como la utilitarista, la comunitaria y la proletaria, que en cierto sentido han contribuido al desarrollo de los derechos humanos y que por otro lado, también han minado en parte el desarrollo de los mismos, esto se debe a que, como lo expone Steven Lukes, en sus cinco fabulas sobre los derechos humanos. Así, de la percepción utilitaria destaca:

“Los utilitarios son personas con espíritu público que poseen un fuerte sentido de las metas colectivas: su objetivo único y exclusivo, por encima de todos los demás, es maximizar la utilidad global de todos ellos. Esto, tradicionalmente ha significado la mayor felicidad para el mayor número.

(...)

La vida en utilitaria tiene sus riesgos...El problema es que nadie puede saber nunca con certeza qué sacrificios se le pueden pedir a él o a ella para mayor beneficio de todos.”⁹⁴

En lo que se refiere a la visión comunitaria, según Steven Lukes, consiste en lo siguiente:

⁹² *Ibidem*, p.262.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Lukes, Steven, *Cinco Fábulas sobre los Derechos Humanos*, en Shute, Stephen y Hurley, Susan (coords.), *De los Derechos Humanos*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 31.

“Comunitaria solía ser un lugar muy gemütlich (cómodo, familiar), muy dado a las metáforas agrarias. Los comunitarios estaban apegados al suelo, cultivaban sus raíces y sentían una verdadera conexión orgánica entre ellos. Despreciaban especialmente la forma de vida calculadora de los utilitarios, confiando en cambio en los entendimientos compartidos y viviendo de acuerdo con costumbres y tradiciones de lenta evolución con las que se identificaban y por las podrían ser identificados.

Comunitaria ha experimentado desde entonces grandes cambios. Las oleadas de inmigración, los movimientos de personas y las comunicaciones modernas han perturbado las antiguas gemütlich y creado una sociedad mucho más heterogénea y pluralista... Los nuevos comunitarios creen en el multiculturalismo y practican lo que denominan la política del reconocimiento, reconociendo con escrupulosa equidad la identidad de cada subcomunidad en las instituciones del país.

(...)

Los nuevos comunitarios se sienten en casa en sus subcomunidades, pero se enorgullecen más aún de ser comunitarios que reconocen las identidades subcomunitarias de otros. Pero existen problemas. Uno es el problema de la inclusión-exclusión: cómo decidir qué subcomunidades se incluyen en la estructura global y cuáles no... Un problema relacionado es el problema de los intereses creados: las subcomunidades que estuvieron en la lista oficial quieren permanecer ahí para siempre y mantener a otras fuera. Más aún, para estar en la lista tienes que ser, o decir que eres, un pueblo indígena o víctima del colonialismo, y preferentemente ambas cosas.

Luego está el problema del relativismo. En Comunitaria es obligatorio considerar las creencias y prácticas de todas las subcomunidades reconocidas como igualmente válidas; o mejor, ninguna debe considerarse más o menos válida que otra. Pero las diferentes subcomunidades tiene creencias incompatibles entre sí y algunas realizan prácticas repugnantes, maltratos, degradando y persiguiendo a grupos e individuos... Desgraciadamente, el relativismo oficial de Comunitaria obliga a permitir que esas prácticas no sean prohibidas.”⁹⁵

Por lo que hace a Proletaria, Steven Lukes señala lo siguiente:

“Ahora intento llevarles a otro lugar que se llama Proletaria, denominada así, nostálgicamente, por la clase social que lo hizo realidad, pero que hace mucho que se ha extinguido, junto con las demás clases sociales. Proletaria no tiene Estado. Esto también se ha extinguido. Por supuesto, no es un país en particular, sino que abarca al mundo entero. Los derechos humanos y otros derechos existieron en tiempos prehistóricos, pero éstos también se han extinguido. A veces, el proletariado apelaba a ellos en su lucha por

⁹⁵ *Ibidem*, p. 33.

razones tácticas, pero ya no son necesarios en la sociedad comunista verdaderamente humana de Proletaria.”⁹⁶

Por lo anterior, para Steven Lukes los derechos humanos son desconocidos en estos tres lugares, porque:

“A los utilitarios no les sirven de nada porque los que creen en ellos son propensos, por definición, a cuestionar que los cálculos utilitaristas deban utilizarse en cualquier circunstancia. Como señaló Jeremy Bentham, fundador del Estado utilitario, la misma idea de tales derechos no sólo es un absurdo sino un absurdo con zancos porque no existe ningún derecho que cuando su abolición sea provechosa para la humanidad, no deba ser abolido. Como contraste, los comunitarios siempre han rechazado esos derechos debido a su abstracción de las formas de vida locales, concretas, vivas, reales. Como dijo un elocuente orador y viejo comunitario, Edmund Burke, su perfección abstracta es su defecto práctico porque las libertades y las restricciones varían con los tiempos y las circunstancias y admiten infinitas modificaciones, que no pueden acordarse por ninguna norma abstracta... En cuanto a los proletarios, su rechazo de los derechos humanos se remonta al profeta de su revolución, Karl Marx, según el cual hablar de ellos era un absurdo ideológico y una basura verbal obsoleta por dos razones. La primera, que tienden a ablandar los corazones en el calor de la lucha de clases; la cuestión era ganar, no sentir simpatía por los enemigos de clase...La segunda es que Marx consideraba los derechos humanos anacrónicos porque sólo habían sido necesarios en esa era prehistórica.”⁹⁷

Respecto de este último comentario, de proletaria, cabe destacar que en la Constitución de la Unión Soviética de 1936, se plasmaban derechos como el derecho al trabajo, al descanso, a la asistencia económica, la igualdad entre hombres y mujeres, libertad de conciencia, libertades de palabra, imprenta, reunión y mítines, derecho de agrupación, entre otros. Sin embargo, lo que no se daba era su efectiva realización en la práctica.

El cuarto lugar que expone Steven Lukes es Libertaria, conforme a lo siguiente:

“Un lugar en el que algunos creen que los derechos florecen es en libertaria. La vida libertaria discurre entera y exclusivamente según los principios del mercado. Está situada en algún lugar de Europa oriental o quizá en China en el próximo futuro. Ahí todo se puede comprar y vender tiene un precio y está sujeto a la obsesión nacional libertaria: el análisis coste-beneficio. El derecho

⁹⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 37.

más básico y apreciado es el de la propiedad, comenzando por la propiedad de sí mismo.

(...)

También atribuyen gran importancia al derecho a realizar transferencias voluntarias de lo que poseen debidamente; transacciones de dar, recibir y intercambiar que utilizan para beneficio de sus familias mediante la educación privada y la herencia de las riquezas.⁹⁸

El propio Lukes señala la crítica a Libertaria, de acuerdo a lo siguiente:

“Creo que la respuesta es que no, por dos razones. Primero, como dije, es cierto que aquí se respetan los derechos civiles básicos –no existe la tortura, hay sufragio universal, impera la ley, hay libertad de expresión y asociación e igualdad formal de oportunidades-. Sin embargo, no se respeta por igual a los titulares de estos derechos, no a todos los libertarios se les trata como igualmente humanos. Citando a Anatole France, los perdedores, los marginados y los excluidos no tienen el mismo poder para organizarse y para influir sobre las decisiones políticas, ni el mismo acceso a los tribunales, ni la misma representación en la vida pública e institucional de Libertaria, ni las mismas posibilidades en la carrera por las cualificaciones, cargos y recompensas.⁹⁹

Finalmente, sobre la última sociedad que es la Egalitaria, Steven Lukes sostiene lo siguiente:

“Egalitaria es una sociedad de un solo status, en el sentido de que se trata a todos los egalitarios como si tuvieran el mismo valor: el bienestar y la libertad de una persona tiene el mismo valor que los de cualquier otra. Las libertades básicas, el imperio de la ley, la tolerancia, la igualdad de oportunidades, están garantizados constitucionalmente; pero también son realizados gracias al compromiso de los egalitarios de quien las condiciones de vida de todo el mundo sean tales que estos derechos iguales tengan el mismo valor para sus titulares... Todos están de acuerdo en que los impuestos progresivos y unas provisiones sociales extensas deberían garantizar un nivel de vida mínimo decente para todo el mundo. Pero dentro de la cultura egalitaria hay también un impulso hacia la elevación de ese mínimo mediante políticas que eliminen gradualmente las desventajas involuntarias, sean éstas producto de la religión, la clase, la etnia o el género, y así sucesivamente, y buscan políticas que consigan que los egalitarios sean más iguales en sus condiciones de vida.¹⁰⁰

⁹⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 41.

Respecto a las críticas a Egalitaria se tienen las siguientes:

“La primera razón para creer que Egalitaria pueda, después de todo, ser un espejismo, es lo que podríamos denominar la constrictión libertaria. Ésta se encuentra, por encima de todo, en la esfera económica. Los egalitarios están (o deberían estar) extremadamente interesados en alcanzar el máximo crecimiento económico. Para ellos no hay que alcanzar la igualdad a costa de la eficacia. En su lugar, persiguen eficazmente conseguir una economía que proporcione el más alto nivel de igualdad de condiciones al más alto nivel económico factible. Los que peor (y todos los demás) estén bajo un sistema más igual deberían -eso esperan- estar al menos tan bien como están los peores (y todos los demás) bajo un sistema menos igual. Si el coste de más igualdad es tener menores perspectivas de prosperidad para todo el mundo o para la mayoría, sus esperanzas de alcanzar (y menos aún mantener) Egalitaria, al menos bajo condiciones de libertad, se desvanecen.

(...)

La segunda razón importante para el escepticismo respecto a que se pueda alcanzar Egalitaria, y, de conseguirlo, mantenerla, podemos denominarla la constrictión comunitaria. Esta constrictión se encuentra, principalmente, en el área cultural...El profesor Rawls ha dado cuerpo a ese punto de vista en su imagen de una posición original en la que los individuos razonan tras un velo de ignorancia; otros han intentado representar esa idea de diferentes maneras.

Sin embargo, los egalitarios deben admitir que ésta no es una actitud natural en el mundo en que vivimos, y que parece que cada vez lo es menos en un número cada vez mayor de sitios. Los yugoslavos se convierten de la noche al día en serbios y croatas. A algunos checoslovacos les importa urgentemente definirse como eslovacos; y a algunos canadienses, como quebequenses.”¹⁰¹

Como se advierte, en cualquier delimitación ideológica es posible formular alguna crítica a las instituciones políticas.

Asimismo, sobre la posible universalización de los derechos humanos cabe recordar lo señalado por Danilo Zolo, los comentarios de este autor, son en respuesta a la posición de Michael Ignatieff, quien sostiene, en primer lugar, que la doctrina de los derechos humanos está teniendo éxito en todo el mundo, no solo el Occidental, a lo cual Zolo contesta lo siguiente:

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 44.

“...los derechos humanos fundamentales no pueden ser todos iguales, es decir, de equivalente peso normativo, tanto más cuanto algunos están en tensión con otros. Alain Laquieze sostuvo justamente que cuanto más se extiende el predicado “fundamental” incluyendo una cantidad creciente de derechos diversos, más aumentan los riesgos de una colisión entre el carácter fundamental de los derechos y la necesidad de relativizarlos y condicionarlos a otros derechos concurrentes.”¹⁰²

La colisión antes señalada se presenta entre los derechos individuales y los derechos colectivos, en razón de lo siguiente:

“Tal como los autores no occidentales están repitiendo desde hace décadas, a pesar de la opinión de Amartya Sen, el reconocimiento y la protección de los derechos colectivos es una condición esencial para la afirmación de los derechos individuales pero, al mismo tiempo, los primeros están en tensión con los segundos.”¹⁰³

Aunado a lo anterior, el propio Danilo Zolo, en *Cosmópolis*, sostiene la existencia de la aspiración por parte de los países occidentales de su visión, que denomina, el *modelo cosmopolita de la Santa Alianza*, entendido como lo siguiente:

“...la formación de una entidad política con aspiraciones de ser universal, pacífica, jerárquica, monocéntrica y, merced a la fuerza de las circunstancias, eurocéntrico o en cualquier caso centrada en Occidente.”¹⁰⁴

Este modelo se basa en un primer momento en la Santa Alianza, que significó que por primera vez en la historia se establecía la base de una federación internacional que promoviera la paz; el segundo momento de este modelo, se da con el establecimiento de la Sociedad de Naciones como un segundo intento para asegurar la paz mundial; el tercer intento se trata de las Naciones Unidas, instituciones que en opinión del autor de mérito sirven para que las potencias occidentales detenten su poder y exporten su modelo cosmopolita el cual presenta las características siguientes:

“En primer lugar, se confía la tarea de promover y mantener la paz a un poder fuertemente centralizado, lo que tiene como consecuencia que el

¹⁰² Zolo, Danilo, *La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, trad. Elena Bosi, España, Editorial Trotta, 2006, p. 91.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁴ Zolo, Danilo, *Cosmópolis. Perspectiva y Riesgos de un Gobierno Mundial*, trad. Rafael Grasa y Francesc Serra, España, Paidós, 2000, p. 30.

sistema internacional se conciba como una estructura cosmopolita extremadamente simple. Encabeza dicha estructura un reducido número de grandes potencias –a menudo no más de dos- a las que todos los demás países periféricos se subordinan. La jerarquía resultante es tan asimétrica y polarizada que las potencias que se hallan en la cúpula de Cosmópolis pueden asumir un control coercitivo de las disputas internacionales que surgen entre los demás países, al mismo tiempo que se aseguren de facto – y, bajo el sistema de las Naciones Unidas, incluso de jure- que no pueden constituirse en sujeto de cualquier forma de control coercitivo en las disputas que puedan surgir en sus propias relaciones ya sea entre ellas o con los demás países.

En segundo lugar, el elemento federativo propio de cualquier esquema cosmopolita se reduce a la práctica a la consideración de casos en que el uso colectivo de la fuerza militar puede ser recomendado o promovido directamente.

(...)

En tercer lugar, merced a la debilidad de cualquier lazo federativo en el interior de Cosmópolis, el poder de intervención coercitiva en las disputas que amenazan la paz conlleva un monopolio estricto del uso internacional de la fuerza armada que tiene garantizado la institución y por tanto, en realidad, las superpotencias.

(...)

En cuarto lugar, la paz universal y duradera, que suele ser presentada como el principal objetivo de un acción colectiva, tiende a coincidir con el congelamiento del mapa político, económico y militar tal y como se constituyó en el momento fundacional de la organización.

(...)

En quinto lugar, en el Pacto de la Sociedad de Naciones, así como en la Carta de las Naciones Unidas podemos hallar algunas referencias generales al bienestar social, a la seguridad del trabajo y al respecto hacia los derechos humanos como fundamento de unas relaciones amistosas entre las naciones.

(...)

En sexto lugar, aparentemente se ha llegado al modelo cosmopolita de la Santa Alianza sin el apoyo de ninguna filosofía política o teoría social, o sin lugar a dudas de ninguna noción remotamente comparable a la influencia

*que ha ejercido la teoría filosófica en el desarrollo del estado democrático liberal moderno y de sus instituciones jurídicas.*¹⁰⁵

Danilo Zolo dirige su crítica a este modelo en el sentido siguiente:

“Pese a todo ello, es absolutamente natural que, desde la perspectiva realista y anticosmopolita aquí sostenida, la doctrina de los derechos humanos...se valore con una cierta dosis de escepticismo práctico.

El propio Kelsen fue de los primeros en sostener que la doctrina de los derechos humanos, tal como se formuló en la Declaración Universal de 1948, distaba mucho de poseer los requisitos de reglamentación jurídicamente vinculante. Y ello no sólo por la notable carencia de poderes legislativos del órgano que la aprobó –la Asamblea General de las Naciones Unidas- sino también por la formulación no imperativa del texto y por la ausencia total de normas secundarias que autorizasen a un tribunal internacional castigar las violaciones de los derechos proclamados. De nuevo, fue Kelsen quien observó que la doctrina de los derechos humanos está vinculada a una filosofía europea altamente controvertida, la concepción teológico-metafísica del derecho natural que pretende definir las propiedades morales de los seres humanos infiriéndolas de la naturaleza de las cosas o deduciéndolas de su propia racionalidad.

Norberto Bobbio añadió que esta filosofía se caracterizó por una doble forma de racionalismo ético: por una parte, presume que son posibles los fundamentos absolutos de las proposiciones normativas...En realidad, los derechos humanos, sobre todo entendidos en la acepción más amplia que impregna el léxico internacional, no se pueden reclamar de ningún fundamento absoluto y unitario: aunque sólo sea por las antinomias que contraponen entre ellas las diversas categorías de los derechos incluidos en los heterogéneos e imprecisos catálogos contenidos en los documentos internacionales. Los derechos adquisitivos se oponen a los derechos del consumo, los derechos civiles y los derechos de libertad son grandemente incompatibles con los derechos económicos-sociales, y existe una tensión entre los derechos individuales y los derechos colectivos incluyendo el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Más en general, la capacidad de acción al mismo tiempo limita, y entra en conflicto con, la facultad de elegir (de los demás).

(...)

Por tanto el carácter universal de los derechos humanos es un postulado racionalista no sólo sin confirmar en la esfera teórica, sino también históricamente contestado por las culturas no occidentales...

(...)

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 42-44.

En la visión individualista y liberal de Occidente los derechos humanos son prótesis normativas pensadas para proteger la libertad personal, la propiedad y la intimidad individual contra las interferencias de otros individuos, instituciones sociales y, por encima de todo, autoridades políticas. Este concepto de libertad resulta bastante extraño en la cultura islámica, aun tratándose de una cultura islámica no integrista, profundamente marcada como está por un sentimiento religioso de pertenencia a la comunidad...Lo mismo puede decirse de la tradición confuciana china, que ha sobrevivido intacta pese a la violenta importación del credo marxista. Según la ética confuciana la vida social está constituida por relaciones jerárquicas y fuertemente asimétricas basadas en vínculos recíprocos de colaboración y obligación mutua que en derechos y deberes iguales y opuestos.”¹⁰⁶

Si bien las ideas antes indicadas, se refieren al ámbito de las Naciones Unidas, en el sentido de la producción, sanción y aplicación de decisiones relativas a derechos humanos, si esas ideas se llevasen al ámbito del sistema interamericano, encontraríamos una situación similar, en el sentido de que la aspiración de defender los derechos humanos en América, el equivalente al objetivo de la ONU del mantenimiento de la paz, como lo identifica Danilo Zolo, se ve minada en razón de la falta de una policía regional o de acciones contundentes para garantizar el cumplimiento de las decisiones emitidas en ejercicio de su jurisdicción. Lo cual, conduce al dilema de plantear si vale la pena llegar al otorgamiento de facultades policiales o sanciones ejemplarizantes que pudiesen conducir al desequilibrio regional de la paz, en pos del cumplimiento de una decisión judicial.

Por otro lado, en lo que respecta a la validez del derecho en general y de los derechos humanos en particular, respecto del primero, se ha dicho en una posición teórica que deriva de una norma fundamental a condición de que sea creado por las autoridades investidas de facultades para ello; en cambio, en el caso de los derechos humanos se afirma que su validez deriva del hecho de constituir una normatividad adecuada a nivel internacional y que debe ser respetada por su jerarquía superior.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 147-167.

Así, la antigua distinción entre derecho positivo y derecho natural, se ha borrado, y ahora se han fusionado en el sistema, aunque luchan constantemente por prevalecer uno respecto del otro. Además, aunque en los textos legales puede aparentar la coexistencia entre ambos “derechos”, en la práctica se continúa interpretando los textos legales de una forma o de otra. Los temas de la jerarquía normativa de estos ordenes jurídicos, su relación normativa y algunas cuestiones de derecho internacional y derecho interno las discutiremos en los capítulos sucesivos.

De esta manera, la interpretación como uno de los aspectos más trascendentes no sólo dentro del derecho, sino de las ciencias sociales, ha sufrido una de las mayores transformaciones, porque, en el campo legal, la interpretación que en el derecho se haga de las normas jurídicas es determinante en su aplicación.

Por ello, en nuestro país se ha abierto un nuevo debate a partir del denominado caso Radilla, en cuanto a la forma de interpretar las leyes a la luz de nuevos criterios y principios interpretativos. La interpretación será objeto del siguiente capítulo, toda vez que tiene su forma de expresión, en el ámbito legal, en la jurisprudencia, sin olvidar que en la presente tesis es trascendente porque su objetivo es determinar la naturaleza de la jurisprudencia como fuente normativa en el derecho internacional.

Como conclusión preliminar se puede establecer que el derecho en general, los derechos humanos y el derecho internacional han sufrido una metamorfosis desde los primeros años de su creación, promovida, en gran medida, por el carácter histórico del derecho y sus posibilidades herméticas, en donde existen fuerzas opuestas que pugnan por la primacía de su forma de entender el mismo.

Capítulo II. La interpretación de una sociedad justa y su relación con el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla, respecto a la afirmación de que la Corte Interamericana es el intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos

1.0.- Planteamiento General

Como se observó en el capítulo primero, el problema que se vislumbra con los derechos humanos y, su inclusión en el sistema jurídico, deriva de que éste último está creado con una concepción positivista, al cual se ha colocado, en mutua convivencia junto con los derechos humanos, lo que muestra que no existe un criterio estándar para resolver un caso, lo que se traduce en una tensión entre el positivismo y los derechos humanos.

Este dualismo, se traduce en una lucha del utilitarismo y el contractualismo que, como doctrinas filosóficas, se encuentren presentes tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en los Pactos Internacionales, así como en la jurisprudencia internacional de la materia.

Para la interpretación de las situaciones, normas y fuentes del derecho, dentro del sistema de derechos humanos, identificado con el contractualismo, y su antagonista el positivismo, identificado con el utilitarismo; se observa que ambas posturas coexisten en la resolución de casos mediante su visión de la sociedad justa, a través de los principios de interpretación que se apliquen en esa sociedad.

De tal suerte, que por cada principio del utilitarismo se opone otro del contractualismo, es así que al principio utilitarista consistente en la búsqueda de la felicidad se le opone el principio contractualista referente a la búsqueda del bien común; por su parte el principio *pro persona*, de carácter contractualista, se opone el margen de apreciación, derivado del utilitarismo; en tanto, el principio de la dignidad humana, contractualista, se le opone el principio de orden público, de carácter utilitarista; al principio de bienestar del individuo, que es utilitarista, se contraponen el principio del bienestar de la comunidad, del contractualismo; las

situaciones de emergencia, utilitaristas, son contrarias a los derechos de carácter absolutos de carácter contractualista, por mencionar sólo los más importantes.

En ciertas ocasiones prevalecen ciertos principios por encima de otros, dependiendo del caso concreto. Asimismo, existen reglas compartidas por ambas posturas, en lo que toca al principio de “quien quiere el fin quiere los medios”.

Teniendo en mente, las preguntas formuladas en el capítulo primero, en el sentido de si es posible llegar a una única respuesta correcta, en la cual, los derechos humanos sean la guía y logren unificar el derecho. En el presente capítulo, se analizarán las teorías filosóficas que animan el contenido de los derechos humanos, para que, una vez que se cuente con los principios que les dan sustento, proceder a identificarlos con aquellos principios señalados en las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana, a efecto de observar si la naturaleza jurídica de la jurisprudencia puede consolidarse como ese gran unificador regional. De lograrse lo anterior, contaremos con un elemento de la naturaleza jurídica de la jurisprudencia.

En razón de lo anterior, tenemos ciertas reglas de interpretación, consisten en aquellas establecidas en el sistema interamericano, dentro de este rubro, se ubican las que provienen de las opiniones consultivas, así como las reglas de interpretación derivadas de los tratados interamericanos y las reglas de interpretación derivadas del derecho general internacional.

Lo antes referido, deriva de la afirmación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que dicha Corte es el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, ello no significa que sea el único intérprete. Ante este panorama, surge el problema para el juez nacional sobre qué postura debe tomar frente a la interpretación de un problema por parte de la Corte Interamericana o cual ante la carencia de esa interpretación, también surge la cuestión de la jerarquía del derecho internacional general frente al regional o el nacional entre otras cuestiones.

La justificación de este apartado deriva del párrafo 339 de la sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), del caso Rosendo Radilla, en la parte que señala lo siguiente:

“339. 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 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, refiriéndose a la Convención, sino también a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.”¹⁰⁷

La afirmación anterior, trae aparejada una serie de cuestionamientos, respecto a la declaración que la Corte Interamericana es el intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos ya que, válidamente, se podría inferir que “último”, no es “único”, es decir, de la parte de la sentencia en la cual se esta aceptando la posibilidad del control de convencionalidad, que todos los jueces al encontrarse constreñidos a velar por que los efectos de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, siguiendo no sólo el tratado de mérito, sino también la interpretación que sobre el mismo ha efectuado la Corte Interamericana.

También debe admitirse que los temas sobre los cuales ha versado la jurisprudencia de la Corte Interamericana no han cubierto todos los posibles problemas de aplicación de normas que se pudiesen desarrollar al interior de un Estado, por lo que la construcción de criterios novedosos es una posibilidad que pueda constituirse por parte de la comunidad de Estados o de los Estados en lo

¹⁰⁷ Cossío, José Ramón, Raúl M. et al., *El Caso Radilla. Estudio y Documentos*. México. Editorial Porrúa, 2012, p. 354.

particular; asimismo, la propia jurisprudencia podría no cubrir aspectos de un mismo tema, por ejemplo, si bien existe una declaración tajante de que los civiles no sean juzgados en el fuero militar, nada excluye la posibilidad de que un militar pudiese llegar a juzgar civiles, como miembro de algún órgano jurisdiccional administrativo o judicial. En este caso, la prohibición total de la institución militar se entiende se ha hecho hacia la misma, no se dirige a las personas, en razón de cierta animadversión que los militares podrían tener en contra de los civiles motivada por su disciplina demasiado rígida.

En este entendido, quedan abiertos diversos aspectos sobre lo que podría ser considerada una parajurisprudencia, que pudiese existir hasta que fuese declarada inconvencional. También puede sostenerse que al existir no sólo la Corte de forma aislada, pueden existir criterios divergentes en cuanto interpretaciones de otras instancias, es decir, no existe una interpretación única ni última sobre una cuestión dada.

Lo anterior, implica que, atendiendo al intercambio jurisprudencial y de criterios entre órganos jurisdiccionales que aplican derechos humanos, la interpretación última pueda o no ser apoyada por otras interpretaciones existentes de otras Cortes de Derechos Humanos así como en los sistemas regionales o el universal de Naciones Unidas.

Por las razones antes señaladas, parece no existir fuera de los casos ya decididos por la Corte Interamericana, un asidero para los casos fuera de dicho margen. Por lo que en este capítulo proponemos una revisión de las principales teorías que interpretan como debería ser una sociedad justa, si es que eso es posible, ya que los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, enuncian una serie de derechos, sin embargo, su implementación y cada una de las situaciones de la vida de los seres humanos en sociedad que implican, no son contempladas de forma específica, aunque existe una previsión más detallada en otras fuentes, como las recomendaciones, observaciones generales y jurisprudencia.

En este sentido, ¿Cabría aún preguntar por alguna otra fuente de complementación? La cual se intenta explorar a través de las posiciones ya previamente señalados.

En razón de lo anterior, se analizarán las posturas de los teóricos de la antigüedad y contemporáneos, a fin de establecer si es posible determinar, en caso de que exista un último intérprete, si la interpretación puede diferir de aquella que proporciona la Corte Interamericana, si en verdad existen principios universales naturales reconocibles en todo lugar o momento, y de ser el caso, cómo se aplicarían. Si es posible declarar clausurado o vedado el sistema de interpretación que señala la Corte Interamericana en el párrafo 339 de la sentencia del Caso Radilla, a intérpretes distintos a la misma, al indicar que esa Corte es la última instancia para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, nos llevaría a considerar las siguientes posibilidades, cuando un sistema de interpretación se declara cerrado, ¿pueden mantenerse sus decisiones con independencia de otras decisiones sobre derechos iguales, ¿es posible arribar a una misma decisión respecto al listado de los derechos humanos?, ¿es posible la unificación del significado y alcance de los derechos humanos?, esta vía parece interesante, ya que también se podría intentar una comparación entre las diferentes decisiones entre cortes establecidas en los sistemas regionales protectores de derechos humanos, entre éstas con las decisiones de los comités de derechos humanos y entre ambas con las de la Corte Internacional de Justicia, lo cual implica una ordenación de jerarquía, trascendencia de los asuntos, entre otras, cuestión que será explorada en otro capítulo.

Todo ello guarda relación estrecha con la importancia de las reformas constitucionales aprobadas en nuestro país en materia de derechos humanos, a partir de la sentencia del caso Rosendo Radilla.

2.0.- Visiones de una Sociedad Justa

El hilo conductor consistirá en presentar los principios que dan sustento tanto al contractualismo y al utilitarismo -que finalmente, cabría recordar que una postura

filosófica es la que proporciona una visión de la vida, que sirve para organizar la sociedad, sus instituciones, normas, reglas de interpretación, impartición de justicia, y de las cuales no están exentos los derechos humanos- a través de la búsqueda de la felicidad, la dignidad humana, bien común y justicia que, al final del día, son las ideas que se encuentran plasmadas en la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales y nacionales, y como dijimos, son principios contrarios entre sí, porque obedecen a visiones filosóficas contrarias, para las cuales la vida en sociedad se alcanza de determinada manera y excluye a otras. Y como consecuencia aparece una condicionante para la expansión o límite en la interpretación de los derechos humanos, en este caso muy concreto, a través de la aplicación a nivel interno del control de convencionalidad, es decir, en la naturaleza de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

Este apartado de mi trabajo puede ser muy debatido, sobre todo el porqué en una investigación relacionada con el caso “Rosendo Radilla” y decantar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, para destacar la obligación de aplicarla por órganos nacionales, se requiere hacer una investigación histórico-filosófica sobre la “sociedad justa”. Para justificarlo debemos mencionar, como ya se asentó, los temas propuestos.

2.1.- La Idea de Justicia en la Antigüedad

2.1.1.- La Idea de la Justicia en Platón

El primer filósofo en interpretar el lugar del hombre en la sociedad fue Platón, en *La República*. Dicho filósofo comienza su reflexión desde la perspectiva de la justicia, al efecto, Platón, a través de Sócrates, señala que la justicia debe comenzar a buscarse en una sociedad de hombres toda vez que:

“¿No se encuentra la justicia así en un hombre como en una sociedad de hombres? – Sí, por cierto. – Por tanto, la justicia podría hallarse

*perfectamente en la sociedad en caracteres más grandes y más fáciles de distinguir.*¹⁰⁸

De ese modo, Sócrates propone que mediante dicho método sería más fácil encontrar la justicia en la sociedad, de tal suerte, que sugiere averiguar cuál es la naturaleza de la justicia en las sociedades. Teniendo esto en mente, comienza por construir un Estado imaginario, cuyos fundamentos se encuentran constituidos por las necesidades básicas como serían la nutrición, la casa y el vestido. Encausando dicho razonamiento al hecho de que en el Estado deben imperar tres órdenes en su interior, que identifica como la prudencia, el valor y la templanza, y con la suma de ellos se podrá dar con la justicia.

La prudencia, de acuerdo a Platón, reside en la parte más pequeña del Estado organizado, es decir, en aquellos que están al frente y ejercen el mando. Que a su entender son los menos, aquellos que la naturaleza ha dotado de tal virtud en número ínfimo y que puede identificarse con la función de los magistrados. El valor se identifica en los guerreros, en tanto que la templanza se entiende como un freno impuesto a los placeres y a las pasiones. En tanto la justicia, viene a ser que cada ciudadano del Estado debe tener un solo empleo, que de acuerdo al modo de ver de Platón, debe ser aquél para el cual trae al nacer y presenta mayor disposición.¹⁰⁹

Por lo tanto, se deduce del razonamiento anterior, que la justicia en el Estado consistirá en ocuparse cada uno de sus propios asuntos, sin pretender intervenir en los de otros en términos de sus capacidades. De presentarse una interferencia se estaría dando lugar a la injusticia.

Una vez que Platón ha analizado la justicia a un nivel macro, la sociedad, considera si dicho modelo puede llevarse al hombre, afirmando: *“Transportémos, pues a nuestro modelo pequeño, quiero decir al hombre, lo que hemos*

¹⁰⁸ Platón, *Diálogos*, 1ª., ed., trad. Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1993, p. 462.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.503.

*descubierto en el grande, y si todo se correspondeen una y otro, la cosa irá bien.*¹¹⁰

Para Platón existe justicia tanto a nivel del Estado como del individuo, mientras cada parte desarrolle la función específica que le ha sido asignada, acorde a su lugar en la sociedad. Lo que Platón entiende por justicia, tanto a nivel estatal como individual, se debe reflejar a su vez en las leyes, ya que considera:

“Digo, pues, que si se quiere crear un Estado durable y pefecto, en cuanto es posible a la humanidad, es indispensable hacer una justa distribución de la estimación y del desprecio. Esta distribución será justa si se ponen en primera línea, en la más honrosa, las buenas cualidades del alma, cuando van acompañadas de la templanza; en segunda línea, las del cuerpo, y en tercera, la fortuna y las riquezas. Todo legislador o Estado que trastorna este orden, poniendo en el primer grado de estimación las riquezas o cualquier otro bien de una clase inferior, pecará contra las reglas de la justicia y de la sana política.”¹¹¹

Considera que la buena salud de un Estado depende de que sus magistrados perciban que son servidores de la ley, por consecuencia lo contrario a esto causa irremediamente la ruina del Estado, toda vez que la ley carece de fuerza.

Sin embargo, el mismo Platón señala que para la corrección de los desórdenes se debe aplicar la justicia más severa que en su opinión debe incluir el destierro o la muerte. Asimismo, en esta línea dura, señala que las reformas a las leyes, en materia de abolición de deudas y reparto de tierras, dependen en su totalidad de los ricos. En razón de que en su visión, los ricos son el sustento del Estado, ya que cualquier alteración a dicha práctica traería un desorden a la justicia.

Por lo anterior, no deben prevalecer ni los muy ricos ni los muy pobres, lo ideal es que los ciudadanos posean una fortuna media.

Platón refiere que la justicia política a la que se debe tender es a la perfecta igualdad, que no es otra cosa que aquella que poseen pocos hombres, tanto en la administración pública como en la privada, en razón de lo siguiente:

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 504.

¹¹¹ Platón, *Las Leyes*, 6ª., ed., trad. Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1998, p. 68.

“Pero no sucede así con la verdadera y perfecta igualdad, que no es a todos fácil conocer y cuyo discernimiento pertenece a Júpiter y a muy pocos hombres. Pero lo poco que de ella hay, ya en la administración pública, ya en la vida privada, es la que produce lo bueno que se hace. Ella es la que da más al que es grande, menos al que es menor, y a ambos con arreglo a la medida de su naturaleza.”¹¹²

Como se advierte, esta teoría es conservadora y justifica la desigualdad de facto. Es así que quien pretenda fundar un Estado, en opinión de Platón, debe seguir en su plan de legislación siempre a la justicia, que no es otra cosa que la igualdad establecida entre las cosas desiguales conforme a la naturaleza de las mismas.

Por lo que hace a la imposición de las penas y multas, Platón sostiene que no es posible determinar los pormenores de cada tipo de herida, la manera, el tiempo y un sinnúmero de circunstancias, sin embargo, tampoco es dado dejar a la discreción de los jueces la determinación de estas cuestiones. La solución que propone consiste en que los legisladores decidan ciertos casos y dejar los demás a los tribunales. Sin embargo, sobre qué tipo de casos son los que se deben dejar al arbitrio de los jueces, responde:

“...en un Estado en que los tribunales están constituidos con toda la sabiduría posible, donde los que están destinados a juzgar han recibido una buena educación y han pasado por las más severas pruebas, nada más justo y más sensato que abandonar a tales jueces el cuidado de arreglar las penas y las multas en la mayor parte de los casos.”¹¹³

Como crítica a la teoría de Platón, se observa que su posición parte del hecho de que su familia pertenecía a la aristocracia, como refiere Karl Popper¹¹⁴, toda vez que el gobierno en Atenas, estaba a cargo de los denominados *Treinta Tiranos*, quienes obedecían las órdenes de los dos tíos de Platón. Asimismo, Popper dirige la crítica a la teoría de Platón en tres frentes, a saber: a) el naturalismo biológico; b) el positivismo ético o jurídico y c) el naturalismo psicológico o espiritual.

¹¹² *Ibidem*, p. 111.

¹¹³ *Ibidem*, p. 200.

¹¹⁴ Popper, Karl, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, 1ª., ed., trad. Eduardo Loedel, España, Paidós Surcos, 2006, p. 33.

Por lo que hace al naturalismo biológico Popper señala como primer crítica la siguiente:

“El naturalismo biológico o, con mayor precisión, la forma biológica del naturalismo ético, es la teoría de que, pese al hecho de que las leyes morales y las leyes estatales son arbitrarias, existen algunas leyes eternas e inmutables de la naturaleza, de las cuales pueden derivar dichas normas.

(...)

...Platón y su discípulo Aristóteles expusieron la teoría de la desigualdad biológica y moral del hombre... La desigualdad de los hombres es una de las razones que hacen que vivan juntos, pues sus dones naturales resultan, así, complementarios.”¹¹⁵

Por lo que hace a la crítica desde la perspectiva de lo que denomina el positivismo ético, Karl Popper indica lo siguiente:

“El positivismo ético comparte con la forma biológica del naturalismo ético la creencia de que debemos tratar de reducir las normas a hechos. Pero esta vez se trata de hechos sociológicos, vale decir, de las normas existentes concretas. El positivismo sostiene que no hay norma alguna fuera de las leyes que han sido efectivamente sancionadas (o aceptadas) y que tienen, por consiguiente, una existencia positiva. Todo otro patrón es considerado una simple ficción ilusoria. Las leyes existentes son los únicos patrones posibles de lo bueno: lo que es, es bueno (la fuerza es derecho).”¹¹⁶

De tal suerte sostiene Popper que al estar vedado cuestionar la autoridad de las normas dentro de la sociedad, entonces tampoco sería válida, siguiendo esta crítica a la teoría de Platón, juzgar sus pretensiones o cuestionar el liderazgo de quien aplica dichas leyes.

El naturalismo psicológico o espiritual viene a ser la combinación de las teorías precedentes, conforme a lo siguiente:

“El naturalismo psicológico o espiritual es, en cierto modo, una combinación de las dos posiciones anteriores y la mejor forma de explicarlo consiste en recurrir a un argumento contra la unilateralidad de dichos puntos de vista...La naturaleza humana es tal, que el hombre, o por lo menos algunos hombres, no se conforman con tener únicamente pan para vivir, sino que se mueven en busca de objetivos superiores, de metas espirituales. Así

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 86.

*podemos deducir los verdaderos objetivos naturales del hombre a partir de su propia y auténtica naturaleza, que es espiritual y social.*¹¹⁷

Aunque se podría cuestionar el carácter “teológico” de la afirmación de Popper, destacando que el evangelio se afirma: “*No sólo de pan vive el hombre, sino de toda palabra que sale de la boca de Dios*”¹¹⁸, se puede argumentar que, con lo anterior, sostiene que Platón se sirve del “naturalismo espiritual” para justificar la superioridad del noble y, por lo tanto, afirmar la desigualdad social.

Popper engloba, lo que denomina el programa de Platón, de acuerdo a las ideas siguientes:

*“En mi opinión, prácticamente todos los elementos del programa político de Platón puede desprenderse de estas exigencias básicas. Aquéllos se fundan, a su vez, en su historicismo y deben combinarse con sus doctrinas sociológicas relativas a las condiciones necesarias para la estabilidad de la clase gobernante.”*¹¹⁹

Sobre el particular, Popper afirma que el platonismo se identifica con el gobierno de clases y el tipo de justicia que propone considera a las personas como propiedad estatal, cuya función es desempeñar su rol estático dentro de la sociedad¹²⁰.

Sin embargo, no podemos cerrar este apartado sin una crítica al pensamiento de Karl Popper, si bien rechaza toda forma “nacionalismo”, su pertenencia a la *Mont Perelin Society*¹²¹, lo ubica también como un dogmático del “totalitarismo” al impulsar el llamado “neoliberalismo”, en donde la libertad, los valores y el mercado son los fetiches para rechazar la “igualdad”.

2.1.2.- La Idea de Justicia en Aristóteles

Aristóteles en la *Ética Nicomáquea*, sostiene que la felicidad es lo más perfecto, por el hecho de ser lo que se elige a sí mismo, es decir, que no se elige por otra

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹¹⁸ Mateo 4:2.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 105.

¹²¹ Véase: Escalante Gonzalbo, Fernando, *Historia Mínima del Neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015.

cosa. La felicidad es una actividad del alma de acuerdo con la virtud perfecta, que no es otra cosa que un término medio, entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto, y que es tal virtud, por apuntar al término medio en las personas en las acciones.

Conforme a lo antes expuesto, al centrar sus análisis en lo que es justo e injusto, encuentra que lo primero será quien observa la ley y es equitativo. Así afirma lo siguiente: *“Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de estas disposiciones decimos que es justa.”*¹²²

No obstante lo anterior, Aristóteles indica que las leyes serán justas si conservan la felicidad para la comunidad política. Por ello, dice que la justicia es la única, entre las virtudes que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros.

Aristóteles identifica dos tipos de justicia la distributiva y la correctiva. La justicia distributiva de los bienes comunes es siempre conforme a la proporción de cuatro. En tanto la justicia correctiva, es aquella que únicamente mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales, ante ello señala lo siguiente:

“...al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De suerte que el juez intenta, igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y las acciones se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando la ganancia.

*(...) la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia. Es por esto por lo que aquellos que discuten recurren al juez, y el acudir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia; se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si lo alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia.”*¹²³

Sin embargo, Aristóteles no sólo busca la justicia absoluta, también la política, misma que existe por virtud de la autarquía dentro de una comunidad entre personas libres e iguales. Por lo que quienes no se hallen en dichas condiciones,

¹²² Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 7ª., reimpr., trad. Julio Pallí Bonet, Madrid, Editorial Gredos, 2008, p. 240.

¹²³ *Ibidem*, p. 248.

no se podrá hablar de que sea posible la justicia. Ello es así, porque la justicia supone personas cuyas relaciones están reguladas por una ley, y la ley se aplica a situaciones en donde es posible la injusticia.

Asimismo, la justicia política de que habla Aristóteles puede ser natural y legal. La primera es aquella que en todas partes posee la misma fuerza y no se haya sujeta al parecer humano. En tanto, la justicia legal se identifica con las leyes para casos particulares y con las decisiones en forma de decretos. También, comenta que la justicia fundada en la convención y en la utilidad no es la misma en todas partes.

Respecto de lo justo y lo equitativo, Aristóteles sostiene que son lo mismo. Sin embargo, la distinción recae en que si bien lo equitativo es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal, de acuerdo a lo siguiente:

“Por tanto, cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido...Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.”¹²⁴

En *La Política*, Aristóteles critica la estratificación de los elementos de la sociedad propuesta por Platón, aunque sea de una forma indirecta, ya que refiere que el primero en abordar el tema de la mejor forma de gobierno fue Hipodamo de Mileto, quien señaló en su proyecto de ciudad, que esta se conformaría con diez mil personas divididas en tres clases, a saber, los artesanos, campesinos y soldados. Observando en dicha propuesta la problemática siguiente:

“La primera dificultad se ofrece en la división de la población ciudadana. Artesanos, campesinos y soldados participan todos en la cosa pública, pero al no tener armas los campesinos, ni los artesanos por su parte tierra ni armas, vienen prácticamente a ser esclavos de quienes poseen las armas.”

¹²⁴ *Ibidem*, p. 265.

*En consecuencia, es imposible que todos tengan parte en los cargos públicos.*¹²⁵

Aunque ello sólo es un argumento para desvirtuar dicha forma de organización, ya que Aristóteles defendió la esclavitud al igual que su maestro Platón.

En relación al ciudadano señaló que puede llamarse así a quien participa en el poder deliberativo o judicial. De allí, que los ciudadanos tengan a su cargo la salvaguarda de la comunidad. Sin embargo, no todos los hombres están dotados del bien para llevar a cabo dicha salvaguarda de la comunidad, ya que, siguiendo a Platón en este punto, indica que la virtud no es la misma en todos los ciudadanos, toda vez que el buen ciudadano debe poseer el conocimiento y la capacidad. Con lo cual también afirma el naturalismo biológico que enunciaba Popper en la doctrina platónica. Dicha continuidad se observa en lo que señala respecto de los ciudadanos, conforme a lo siguiente:

*“La ciudad perfecta no hará ciudadanos a los obreros; y suponiendo que los haga, la virtud que hemos dicho ser propia del ciudadano no podrá predicarse de todos, ni sólo del hombre libre en cuanto tal, sino sólo de aquellos que están exentos de trabajos necesarios a la vida. Quienes desempeñan estos trabajos en servicio de un particular son esclavos, y quienes lo hacen para la comunidad son obreros y labradores asalariados, y por poco que prosigamos en estas consideraciones, se pondrá de manifiesto su posición...”*¹²⁶

Aristóteles afirma que el fin de la ciudad es la vida mejor. Asimismo, señala que el bien de la ciudad es la justicia, que viene a identificarse con el bienestar público, lo cual se refiere a la igualdad entre los iguales. En lo tocante a las leyes, Aristóteles señaló que las normas legales consuetudinarias poseían una mayor autoridad respecto de las leyes escritas.

Para él, la república era la forma de gobierno que más reclamaban las ciudades, ya que en la república, se da el término medio, es decir, no gobiernan ni los muy ricos ni los muy pobres, sino la clase media. En razón de que ahí donde la clase

¹²⁵ Aristóteles, *Política*, 1ª, reimpr., trad. Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2011, p. 47.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 75.

media es numerosa la posibilidad de que surjan disensiones será menor, en relación con aquellos lugares donde predominan la democracia o la oligarquía.

En lo que se refiere a las platónicas sobre la democracia, que también podrían aplicarse a Aristóteles, Karl Popper señala:

“En algunos de los últimos escritos de Platón podemos hallar cierto eco de las evoluciones políticas contemporáneas de Atenas, vale decir, de la consolidación de la democracia. Parece ser que hasta el propio Platón comenzó a dudar si no se habría estabilizado alguna forma de democracia.

En Aristóteles encontramos indicios de que ya no dudaba. Pese a no ser amigo de la democracia, la acepta como inevitable y se halla dispuesto a transigir con el enemigo.”¹²⁷

Dicha postura de acuerdo con Karl Popper refleja la tendencia aristotélica de encontrar defectos en sus predecesores, y que se ve reflejada en la doctrina del justo medio. La cual refleja, en su opinión, la falta de sagacidad de Aristóteles, ya que admite la idea de la democracia, cuando la monarquía imperial de Macedonia recién había sido superada.¹²⁸

Para Popper el pensamiento aristotélico se halla dominado por el de Platón. Ya que abraza lo que Popper denomina la teoría platónica naturalista de la esclavitud, en razón de lo que ya citábamos previamente, como el hecho de que no se podía dotar de ciudadanía a todas las personas que vivieran en la ciudad. Por lo que una prolongación de dicha idea, en opinión de Popper, se encuentra en el Estado ideal aristotélico, el cual deviene en un feudalismo sano y equilibrado, por la razón ya asentada, el hecho de excluir a los esclavos y artesanos de la ciudadanía.¹²⁹

Sin embargo, como destacamos en el apartado anterior, las ideas de Popper están asociadas al neoliberalismo, tampoco podemos olvidar que esa ideología tiene una fuerte responsabilidad en las condiciones de semi-esclavitud en que viven

¹²⁷ Popper, Karl, La Sociedad Abierta..., cit., p. 219.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 220.

¹²⁹ *Ibidem*, p.221.

miles de personas en la actualidad al propiciar la “economía canalla”¹³⁰, por lo que la crítica de Popper a la supuesta “falta de sagacidad de Aristoteles”, bien se le podría aplicar a él.

Así, en opinión de John Rawls, la diferencia entre la filosofía moral antigua y la moderna reside en:

“...que los antiguos se preguntaron por la forma más racional de la verdadera felicidad, o del bien supremo, y que indagaron el modo en la conducta virtuosa y las virtudes, en tanto que aspectos del carácter - las virtudes del coraje y la templanza, de la sabiduría y la justicia, que son bienes por sí mismas -, se relacionan con el bien supremo, ya como medios, ya como elementos constitutivos, ya como ambas cosas.”¹³¹

Podríamos cerrar esta parte de nuestra investigación afirmando que las doctrinas de Platón y Aristóteles, a pesar de las críticas de Popper, son un primer intento por establecer la sociedad “justa”, lo que puede considerarse –aunque no se le llame así— como un aceptable intento por fijar la mirada en el ser humano. Lo que es compatible con la idea de derechos humanos, o sea, se inauguró en la historia de las ideas del denominado “giro ético”.

3.0.- Transición de la Idea de la Justicia Antigua a la Moderna

Para la filosofía moral moderna se realizará un contraste entre el contractualismo, representado por John Locke, en su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Jean Jacques Rousseau y su *Contrato Social* e Imanuel Kant con la *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, y los ensayos *Respuesta a la pregunta ¿Qué es Ilustración?*, *La Paz Perpetua e Idea para una Historia Universal en Clave Cosmopolita*, para el análisis del utilitarismo acudiremos a las teorías de Adam Smith, en su obra *La Teoría de los Sentimientos Morales*, David Hume, y su *Investigación sobre los Principios de la Moral* y John Stuart Mill, con su obra *El Utilitarismo*, además, abordaremos la obra de Hegel, opuesta a la de Kant,

¹³⁰ Véase: Martínez Rodríguez, Francisco Miguel, Educación, neoliberalismo y justicia social. Una revisión crítica del desarrollo humano desde la carta de la tierra y la economía social, pr. Juan Torres López, Madrid, Píramide, 2013.

¹³¹ Rawls, John, *Lecciones Sobre la Historia de la Filosofía Moral*, 1ª. ed., trad. Andrés de Francisco, Paidós Surcos, 2007, p. 9.

así como posturas más modernas como la de John Rawls y su *Teoría de la Justicia* y Amartya Sen con su obra *La Idea de la Justicia*.

3.1.- El contractualismo

3.1.1.- John Locke

En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke busca encontrar una teoría que explique el surgimiento del gobierno y del poder político y una manera de designar y conocer a las personas que lo detentan. De esta manera, para el autor, el poder político:

“...es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad y emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público.”¹³²

Para comprender lo que es el poder político, Locke se pregunta cuál es el estado en que los hombres se encuentran en la naturaleza y responde que dicho estado es la libertad que les permita adecuar sus acciones y disponer de sus posesiones y persona como mejor se juzgue, siempre que se actúe dentro de los límites que establece la ley natural. Añade la igualdad en la que todo poder y jurisdicción son recíprocos y nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Asimismo, el estado de naturaleza se haya gobernado por una ley natural que es la razón, la cual prescribe que siendo todos los hombres iguales e independientes nadie debe dañar a otro en lo relativo a la vida, salud, bienestar o posesiones. Añade, lo siguiente:

“Por la misma razón que cada uno se ve obligado a preservarse a sí mismo y a no destruirse por propia voluntad, también se verá obligado a preservar al resto de la humanidad en la medida en que le sea posible, cuando su propia preservación no se ve amenazada por ello; y a menos que se trate de hacer justicia con quien haya cometido una ofensa, no podrá quitar la vida, ni entorpecerla, ni poner obstáculo a los medios que son necesarios para

¹³² Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª. ed., trad. Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006, p. 9.

preservarla, atentando contra la libertad, la salud, los miembros o los bienes de otra persona."¹³³

Sin embargo, cuando la ley de la naturaleza es violentada, la propia ley natural prevé que exista alguien que proteja al ofendido y reprima al ofensor. De tal forma, en el estado de naturaleza, un hombre llega a tener poder respecto de otro, para castigarlo de una forma proporcional a la transgresión y para que el ofensor repare el daño.

Este procedimiento tiene la finalidad de inhibir en el delincuente futuras acciones delictivas. La facultad de castigo, señala Locke, la puede ejercer cualquiera, ya que es parte del estado de naturaleza. Sin embargo, como el propio Locke indica como crítica a su propuesta del estado de naturaleza, ¿Qué pasaría si se permitiría a los hombres ser jueces de su propia causa?, a lo cual refiere que debe ser el gobierno civil el que remedie contra estos excesos. También encuentra como posible crítica el hecho de que no han existido en estado de naturaleza los hombres, a lo cual afirma que los hombres se hallan en estado de naturaleza y que en él permanecen hasta que, por su propio consentimiento, se unen a alguna sociedad política.¹³⁴

Una vez que ha llevado a cabo el análisis de la ley natural al interior de una comunidad, Locke procede a situar dicha ley en el ámbito externo, presentando el estado de guerra. Dicho estado es un estado de enemistad. Sobre el particular señala, al igual que con el castigo hacia el ofensor, que resulta razonable destruir a quien nos pretende destruir, ello en virtud de la autoconservación. Es por ello, que para evitar el estado de guerra, los hombres se ubican en un estado de sociedad, en el cual abandonan el estado de naturaleza. Debido a que una autoridad terrenal puede otorgar reparación al daño y eliminar la controversia.¹³⁵

¹³³ *Ibidem*, p. 12.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁵ *Ibidem*, p.22.

Respecto a la esclavitud, realiza un análisis de la libertad natural, la que entiende como el estar libre de cualquier poder superior y en no hallarse sometido a la voluntad o autoridad legislativa de otro hombre, sino de aquél poder establecido por consentimiento dentro del Estado, conforme a las leyes dictadas por el poder legislativo al cual se le ha confiado dicha misión.

De tal suerte, que la libertad consiste en poseer una norma común establecida por el poder legislativo; en seguir los dictados de la voluntad en los casos no descritos por dicha norma y en no ser sujeto de la voluntad arbitraria de otro. De este modo, ningún hombre puede conceder con otro, mediante acuerdo, lo que él no tiene consigo, a saber, el poder sobre su propia vida.

En lo concerniente a la propiedad, Locke señala que aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen a toda la humanidad, cada individuo posee una propiedad, que es la de su propia persona, a la cual nadie tiene derecho. La labor producto de su cuerpo y aquello que manufacura con sus manos se puede sostener le pertenecen. Un extremo de este argumento podría llevar a sostener a alguien que entonces cualquiera podría aumentar su propiedad a su antojo, hablando de los frutos producto de la tierra. A lo cual responde Locke que no es así, ya que existen límites, en el sentido de que se puede sacar ventaja de todo aquello antes de echarse a perder.¹³⁶

A partir de que el hombre es dueño de sí mismo al igual que de sus acciones y trabajo, sostiene Locke que el hombre tiene en sí el fundamento de la propiedad.¹³⁷

En lo tocante a quienes son los integrantes de la sociedad civil Locke señala lo siguiente:

“Así, el Estado se origina mediante un poder que establece cuál es el castigo que corresponde a las diferentes transgresiones de aquellos que, entre los miembros de una sociedad, piensan que merece la pena cometerlas; éste es el poder de hacer leyes, y a él debe añadirse el poder de castigar cualquier

¹³⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹³⁷ *Ibidem*, p.50.

*daño que se le haga a un miembro de la sociedad, cometido por alguien que no pertenece a ella.*¹³⁸

Por lo que una vez que se está ante la renuncia del poder ejecutivo de la ley natural y que el mismo haya sido cedido al poder público, sólo entonces se estará en presencia de una sociedad civil o política.

La crítica que podría formularse a la exposición de Locke es que, si bien debe existir un juez común que dirima las controversias, ya que los hombres han renunciado a la ley natural, dicho juez ¿a quién debe responder?, ¿quien lo juzga a él? La respuesta inmediata es que los otros hombres que forman la comunidad, afirmando que el árbitro debe ser el pueblo en su conjunto.

Sin embargo, en otra objeción a su exposición, podría sostenerse que no todos los hombres del Estado actúan con la misma razón, ni tampoco se ponen de acuerdo todos para tomar decisiones. A lo cual Locke responde que para ello existe el consenso de la mayoría, de tal suerte que cada persona se obliga, por consentimiento, a someterse a su parecer.¹³⁹ Lo que parece demasiado arbitrario.

Locke se pregunta cuál es la razón por la cual un hombre se une a una sociedad, a lo cual contesta que el fin de ello obedece a que pretende asegurar su propiedad, ya que el Estado prevé leyes que un juez imparcial es capaz de ejecutar mediante el uso de la fuerza.¹⁴⁰

Al analizar el Poder Legislativo sostiene que existen cuatro condiciones que le son impuestas, a saber:

“Primero: Tienen que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorecido en la corte y al campesino que empuña el arado.

Segundo.- Estas leyes no pueden estar encaminadas a otro fin que no sea el bien del pueblo.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 97-98.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 124.

Tercero.- No podrán los gobernantes aumentar los impuestos sobre la propiedad del pueblo sin el consentimiento de éste, ya venga dado por el pueblo mismo o por sus diputados.

*Cuarto: La legislatura no deberá ni podrá transferir a nadie el poder de hacer leyes, ni depositarlo en lugar diferente de aquel en el que el pueblo lo ha depositado.*¹⁴¹

Es así que en opinión de Locke, el poder legislativo debe disolverse para que sus miembros se vuelvan súbditos y vigilen la puesta en práctica de las leyes. Sin embargo, se requiere de un poder que esté siempre en activo y que vigile la aplicación de las leyes. De ahí que los poderes legislativo y ejecutivo estén siempre separados.¹⁴²

En opinión de Locke el poder supremo corresponde al poder legislativo, pero el pueblo es el que retiene el poder supremo ya que cuando la legislatura actúa contrario a lo que la comunidad le ha encargado, puede disolver al legislativo. Ello es así, en razón de que ningún hombre debe renunciar a su preservación.

Como se advierte, el mérito de esta doctrina contractualista consiste en que sienta las bases de la división de poderes moderna, además, exige establecer el principio de reserva de ley en materia de impuestos, lo que muestra que los derechos deben derivar de la legislatura o del pueblo soberano. Lo anterior puede erosionar las competencias de órganos jurisdiccionales para que, vía la jurisprudencia, creen normas generales aplicables a la resolución de controversias en un Estado.

3.1.2.- Jean Jacques Rousseau

En el *Contrato Social*, Rousseau investiga si dentro del orden civil existe una fórmula de administración legítima y permanente. Tratando de mantener lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, con la finalidad de que la justicia y la utilidad no resulten distanciadas.¹⁴³

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁴² *Ibidem*, p. 144.

¹⁴³ Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, 10ª. ed., trad. Daniel Moreno, México, Porrúa, 1996, p. 3.

Para los fines antes detallados, sostiene que el orden social es un derecho que constituye la base de todos los demás, que no es un derecho de origen natural, sino convencional.¹⁴⁴

Siendo la familia, el primer modelo de las sociedades civiles, puede afirmar Rousseau que sus integrantes habiendo nacidos iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad, y la obediencia que se debe no es en razón a la fuerza, se obedece a los poderes legítimos. En medio de los obstáculos que encuentran los hombres para subsistir, se ven en la necesidad de conservarse, por lo que deben salir del estado primitivo. En razón de ello, deben encontrar una asociación que defienda y proteja a las personas y sus bienes, de tal suerte que todos unidos, puedan obedecer a sí mismos y permanecer libres. Lo cual para Rousseau es el problema fundamental del contrato social. En su opinión el pacto social puede reducirse a lo siguiente: *“Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo.”*¹⁴⁵

Dicho acto de asociación convierte al ente individual en uno colectivo, que se denomina Estado. La transmutación del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio, en el cual se sustituye el instinto por la justicia. Dicho estado es alcanzado, por convención y derecho, toda vez que el pacto fundamental sustituye la desigualdad física impuesta por la naturaleza, viene a convertirse en igualdad, de tal suerte que todos se obligan bajo las mismas condiciones y gozan de idénticos derechos. Este pacto o mejor dicho, el contrato social tiene por finalidad conservar a sus miembros. En razón de dicho pacto, se crea el cuerpo político y se le da movimiento por medio de las leyes.¹⁴⁶

Para Rousseau existe una justicia universal derivada de la razón, la cual para ser admitida debe ser recíproca. Teniendo en mente lo anterior, en opinión de Rousseau, las leyes deben ser generales y su objeto, conforme a lo siguiente:

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

“Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que aquéllas consideran a los ciudadanos en cuerpo y las acciones en abstracto; jamás el hombre como individuo ni la acción en particular. Así, puede la ley crear privilegios pero no otorgarlos a determinada persona; puede clasificar también a los ciudadanos que dan derecho a las distintas categorías, pero no puede nombrar los que deben ser admitidos en tal o cual; puede establecer un gobierno monárquico y una sección hereditaria, pero no elegir rey ni familia real; en una palabra, toda función que se relacione con un objeto individual, no pertenece al poder legislativo.”¹⁴⁷

En lo referente al sistema de legislación, sostiene que sus fines son la libertad y la igualdad. La libertad en razón de que toda fuerza crearía dependencia individual, en tanto que la igualdad no podría subsistir sin la libertad.

Para ordenar las relaciones existentes en la sociedad, Rousseau señala los diversos tipos de leyes necesarias para tal fin. Afirma que por medio de leyes políticas se regulan las relaciones del soberano con el Estado. Las leyes civiles regulan las relaciones de los miembros del Estado entre sí. También un tercer tipo de leyes son las penales y, por último, una cuarta categoría son los usos y costumbres.¹⁴⁸

En relación al gobierno, Rousseau señala lo siguiente:

“Así, pues, los que pretenden que el acto por el cual un pueblo se somete a sus jefes, no es un contrato, tienen absoluta razón. En efecto, ello sólo constituye una comisión, un empleo, en el cual, simples funcionarios del cuerpo soberano ejercen en su nombre el poder que éste ha depositado en ellos, y el cual puede limitar, modificar y resumir cuando le plazca.”¹⁴⁹

Respecto a la democracia, Rousseau indica que no ha existido, ya que resulta contrario a la naturaleza que el mayor número gobierne y los menos obedezcan. Ni que el pueblo se reúna continuamente para discutir los negocios públicos.¹⁵⁰

Finalmente, señala que la institución del gobierno no es un contrato, ya que la autoridad suprema no puede modificarse ni venderse. Resultaría absurdo que el soberano se diése un superior, toda vez que aceptar obedecer a un superior

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.29-30.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 36.

equivaldría a regresar al estado de naturaleza. Asimismo, dicho acto sería un acto particular, y no podría ser ley ni constituir acto de soberanía legítima. Además, agrega lo siguiente:

“Más aún; las partes contratantes estarían sujetas únicamente a la ley natural sin ninguna garantía para el cumplimiento de sus recíprocos compromisos, cosa que repugna a todas luces al estado civil, a menos que se parta del principio que el que posee la fuerza es dueño de imponer las condiciones, lo cual equivaldría a dar el nombre de contrato al acto de un individuo que dijera a otro: “Te hago cesión de todo cuanto poseo, a condición de que ‘tu me devuelvas la parte que te plazca.”¹⁵¹

Como se advierte, esta teoría sienta las bases para legitimar al gobierno de un Estado, además, limita cualquier intento de imponer un ejercicio de poder autoritario o arbitrario en un Estado. Lo anterior muestra un nexo con los derechos humanos, en la medida en que éstos constituyen un mínimo político moral.

3.1.3.- Immanuel Kant

Continuando con nuestra investigación, Kant en la *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, afirma:

“...el fundamento de la obligación no habría de ser buscado aquí en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del mundo, sino exclusivamente a priori en los conceptos de la razón pura, y que a cualquier otra prescripción que se funde sobre principios de la mera experiencia, incluida una prescripción que fuera universal desde cierto punto de vista, en tanto que se sostenga lo más mínimo sobre fundamentos empíricos con arreglo a uno solo de sus motivos ciertamente se la puede calificar de regla práctica más nunca de ley moral.”¹⁵²

Así, el fundamento de lo moral deben ser los conceptos de la razón pura. En cambio, cuando contiene fundamentos empíricos, deviene en regla “práctica”, pero no constiuye “ley moral”. Kant pretende fundamentar una metafísica de las costumbres para explorar a la “razón pura” como la fuente de la norma para el correcto juicio de las costumbres en la razón práctica. Para ello, señala que esta

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵² Kant, Immanuel, *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, 2ª. ed., trad. Roberto Rodríguez Aramayo, España, Alianza Editorial, 2012, p. 71.

metafísica debe indagar sobre la idea y principios de una posible voluntad pura, no respecto de las acciones y condiciones del querer humano en general.¹⁵³

Kant señala que las riquezas, el pundonor e incluso la salud, aspectos que pueden circunscribirse bajo la denominación de felicidad, representan un influjo de insolencia y coraje, si no se cuenta con un fin universal para obrar. Por lo que un espectador imparcial, no se sentirá satisfecho observando cuán bien le salen las cosas a quien carece de una voluntad buena, -en Kant se distinguen dos conceptos: *Wille* que es la Fuente del deber y la obligación y la fuente del deber y la obligación, y una capacidad de actuar de acuerdo con una concepción de la ley, generalmente se asocia a la libertad, autonomía y espontaneidad. *Willkür* es la capacidad de decisión y elección, determinada por la *Willie*. Las leyes provienen de la *Wille* y las máximas de la *Willkür*- por lo que dicha característica, parece para Kant ser una condición para ser feliz. Ya que sin los principios de una voluntad buena, una persona así nos parecería despreciable.

La capacidad práctica de la razón se entiende como la capacidad que posee un influjo sobre la voluntad, por lo que el destino de la razón consiste en la generación de una voluntad buena en sí misma y no como medio con relación a cualquier otro propósito, por lo que dicha razón práctica le corresponde ser el bien supremo, el cual condiciona cualquier otra pretensión, como sería la búsqueda de la felicidad.

El concepto de buena voluntad para ser estimable debe ser precisado el concepto de deber, que conlleva una buena voluntad. En opinión de Kant buscar la felicidad es un deber, ya que la insatisfacción de esta necesidad, puede llevar a la tentación de transgredir los deberes. Sin embargo, incluso sin los deberes, los hombres se sienten inclinados a la felicidad, en razón de englobar bajo este nombre cualquier inclinación, por lo que no sorprende que una única inclinación, por lo que promete y como puede ser obtenida, pueda prevalecer sobre una idea tan variable. En el

¹⁵³ *Idem.*

caso de la felicidad que se propicia no por inclinación, sino por deber, en opinión de Kant cobra su genuino valor moral.¹⁵⁴

En una segunda tesis la acción por deber posee su valor moral no en el propósito por alcanzar, sino a la máxima que provocó dicha acción, por tanto, la máxima que decide la acción no depende de la realidad del objeto de la acción, sino solamente del principio del querer, sin atender a la capacidad de discernimiento. Con base en lo anterior, se observa que los propósitos que tendríamos para realizar las acciones, al igual que sus efectos, no pueden conferir a las acciones algún valor moral incondicionado. Entonces, el valor reside en el principio de voluntad, al margen de los fines producidos; toda vez que la acción se encuentra cercada entre un principio formal y uno material. En el cual, la acción al quedar condicionada por algo, el principio que prevalece es el formal del querer en general, ya que la acción tiene lugar por deber, al haberle sido arrancado el principio material.

La tercer tesis, consiste en que el deber significa que una acción es necesaria por respeto a la ley, sin embargo, esto implica inclinación, pero no respeto. Sin embargo, para que una voluntad sea buena y pueda tener una validez universal, se debe proceder de modo que la voluntad pueda tener legitimidad universal, no se debe proceder de otro modo, salvo que desee ver convertida en ley universal la máxima de mi voluntad.

Así, el concepto deber expresa un valor moral, que reside en la voluntad, al realizar una acción necesaria por respeto a la ley. Kant señala que solo los seres racionales son capaces de obrar conforme a la representación de leyes o de acuerdo a principios del obrar, es decir, conforme a una voluntad. Lo anterior es así, debido a que si la razón determina la voluntad entonces las acciones reconocidas objetivamente necesarias, en la misma medida lo serán de un modo subjetivo. Esto quiere decir que la voluntad es una capacidad de elegir únicamente

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 90.

aquello que la razón reconoce con independencia de la inclinación como prácticamente necesario, es decir, como bueno.

Todo lo anterior para Kant se expresa en el imperativo:

“La representación de un principio objetivo, en tanto que resulta apremiante para una voluntad, se llama un mandato (de la razón), y la fórmula del mismo se denomina imperativo.

Todos los imperativos quedan expresados mediante un deber-ser y muestran así la relación de una ley objetiva de la razón con una voluntad cuya modalidad subjetiva no se ve necesariamente determinada merced a ello (un apremio).”¹⁵⁵

Conforme a lo anterior, según Kant una voluntad buena se encuentra bajo leyes objetivas de lo bueno, sin embargo, la voluntad no se encuentra constreñida a ejecutar determinadas acciones conforme a la ley, porque la determina la representación del bien.

En lo tocante al imperativo, señala que se trata de una fórmula para determinar la acción que es necesaria conforme al principio de una voluntad buena de uno u otro modo. Distingue entre imperativo hipotético y categórico. El primero se refiere a que la acción es buena si se refiere como medio para otra cosa. En el segundo la acción se representa como buena en sí misma, es decir, como necesaria para la voluntad conforme a la razón.

Para Kant el propósito de la felicidad encuadra en el imperativo hipotético, toda vez que es un anhelo que puede presentarse en cualquier hombre y los medios para conseguirla se encuentran dentro de lo prudente. El imperativo categórico, en cambio, manda proceder de manera inmediata, porque no concierne a la materia de la acción, en atención a que lo bueno consiste en la intención, sea cual fuere su éxito, por lo anterior el imperativo categorico es un imperativo de la moralidad.

Lo anterior se explica porque para Kant la noción de la felicidad es imprecisa, ya que a pesar de que todo hombre busca la felicidad, nadie puede decir con precisión que quiere o desea. Ello se debe a que los elementos de la felicidad son

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 113.

empíricos, lo que entraña que para la felicidad sea necesaria una totalidad absoluta, un máximo de bienestar en las circunstancias actuales y futuras. Para llegar a la felicidad, indica Kant, no se puede obrar conforme a principios precisos, sino por consejos empíricos, ya que conforme a la experiencia lo que se fomenta es el bienestar, por esto, no se pueden tener por acciones objetivas; más bien como recomendaciones. Así no existe una acción universal y precisa que promueva la felicidad, porque la felicidad no se identifica con un ideal de la razón sino de la imaginación.¹⁵⁶

Por su parte, la moralidad se expresa como una ley práctica, son leyes de mandato incondicionado que no dan pie a la voluntad para un margen de discrecionalidad. Sin embargo, ello no exenta a la moralidad de la dificultad que entraña en el aspecto del conocimiento teórico y práctico.

De tal suerte que se puede señalar que el imperativo categórico consiste en:

“Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal.

...entonces el imperativo universal del deber podría rezar también así: obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza.”¹⁵⁷

La moralidad supone también que entonces cualquier ser racional podría enjuiciar sus acciones según máximas que ellos podrían querer que sirvieran como leyes universales. Lo que supone que dicha ley ha de hallarse en el concepto de la voluntad de un ser racional en general.

Así la voluntad es la capacidad de autodeterminación de obrar conforme a la representación de ciertas leyes. El fin es aquello que sirve a la voluntad de fundamento objetivo de esa autodeterminación, pero cuando dicho fundamento es dado por la razón, entonces debe valer de igual modo para todo ser racional. En cambio, el fundamento de la posibilidad de la acción cuyo efecto es el fin se denomina medio. El fundamento subjetivo del deseo es el móvil, en tanto, el

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.121-122.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 126.

motivo es el fundamento objetivo del querer; de ahí, Kant hace notar que los fines subjetivos descansan en móviles y los fines objetivos en motivos, que deben ser válidos para todo ser racional.¹⁵⁸

De tal suerte que si se presupone la existencia de algo que en sí mismo posea valor absoluto, se hallaría el fundamento de leyes bien definidas, es decir, del imperativo categórico, esto es una ley práctica. Ese algo, en opinión de Kant es el hombre, ya que es un fin en sí mismo y nunca un medio. Por ello, sostiene lo siguiente:

“El imperativo práctico será por lo tanto éste: Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio.”¹⁵⁹

Dicho principio, sostiene Kant, que es de la humanidad y de cualquier ser racional en general como fin en sí mismo- que supone la máxima condición restrictiva de la libertad de las acciones de los hombres, no deriva de la experiencia, en razón de lo siguiente:

“1) Por causa de su universalidad, puesto que abarca a todos los seres racionales en general y ser esto algo que ninguna experiencia alcanza a determinar; 2) porque en ese principio la humanidad no es representada (subjetivamente) como fin de los hombres, esto es, como un objeto que uno se fije realmente de suyo como fin, sino como un fin objetivo que, cuales fueren los fines que queramos, debe constituir en cuanto ley la suprema condición restrictiva de cualquier fin subjetivo, teniendo que provenir por lo tanto de la razón pura.”¹⁶⁰

De acuerdo a esta idea, sostiene Kant, la razón refiere cada máxima de la voluntad como universalmente legisladora a otras voluntades así como a la acción desplegada por uno mismo, no por la idea de un motivo práctico o provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional. De este modo, la moralidad y la humanidad son los únicos que poseen dignidad.

En opinión de Kant, toda máxima posee lo siguiente:

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.136.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.139.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p 142.

“1) una forma que consiste en la universalidad, y en este punto la fórmula del imperativo categórico es expresada así: Que las máximas han de ser escogidas como si fuesen a valer como leyes universales de la naturaleza;

2) una materia, o sea, un fin, y la fórmula dice que: El ser racional como fin según su naturaleza y, por tanto, como fin en sí mismo tendría que servir para toda máxima como condición restrictiva de todo fin meramente relativo y arbitrario.

3) una determinación cabal de todas las máximas mediante dicha fórmula: Todas las máximas de la propia legislación deben concordar a partir de una legislación propia con un posible reino de los fines, como un reino de la naturaleza.”¹⁶¹

Ahora bien, Kant analiza el concepto de la autonomía de la voluntad como principio supremo de la voluntad, consiste en no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal. El que dicha regla sea un imperativo obedece a que la voluntad de todo ser racional se vincula a ella como condición.¹⁶²

Así, la voluntad busca la ley que determina en otro lugar, que no sea la idoneidad de sus máximas para su legislación universal, se está en presencia de la autonomía.

En lo concerniente a la libertad, Kant indica, que es la propiedad de la voluntad para poder ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen. El concepto de libertad se atribuye a todos los seres racionales, ya que valen para él todas las leyes vinculadas a la libertad.

Finalmente, la respuesta sobre la posibilidad de un imperativo categórico se contesta a partir de la idea de libertad, de igual modo, mientras pueda comprenderse la necesidad del mencionado presupuesto, resulta suficiente para el uso práctico de la razón, esto es, para convencerse de la validez del imperativo así como de la ley moral. Presupone lo siguiente:

“esta libertad de la voluntad no sólo es perfectamente posible, sino que para un ser racional consciente de su causalidad mediante la razón, o sea

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁶² *Ibidem*, p. 157.

*consciente de una voluntad, también es necesario ponerlo como condición práctica en la idea de todas sus acciones arbitrarias, por debajo de cualquier otra condición ulterior.*¹⁶³

En otra obra *Contestación a la pregunta ¿Qué es ilustración?*, Kant entiende por tal el abandono del hombre de la minoría de edad, cuyo responsable es el mismo. El uso público de la razón debe ser siempre libre y es el único que procura ilustración entre los hombres. Entendiéndolo por uso público de la propia razón lo siguiente:

*“aquél que cualquiera puede hacer, como alguien docto, ante todo ese público que configura el universo de lectores. Denomino uso privado al que cabe hacer de la propia razón en una determinada función o puesto civil, que se le haya confiado.”*¹⁶⁴

En *La Paz Perpetua*, Kant explica una serie de “artículos preliminares de una paz perpetua entre los estados”. Al respecto, indica que ningún Estado podrá ser adquirido por otro. Ello es así ya que un Estado es una sociedad de hombres en la cual solo ellos pueden gobernar.

Respecto al contenido definitivo de los artículos de la paz perpetua, en el primer artículo definitivo, Kant afirma que la constitución civil debe ser republicana en todo Estado, con tres fundamentos:

*“La constitución instaurada según, primero, los principios de la libertad de los miembros de una sociedad (como hombres); segundo, los principios de la dependencia de todos de una única legislación común (como súbditos) y tercero, el derecho de igualdad de todos (como ciudadanos) – única constitución que se basa en la idea del contrato originario - es la constitución republicana.”*¹⁶⁵

La constitución republicana busca la paz perpetua. Asimismo, sólo con el consentimiento de los ciudadanos se puede declarar la guerra. La forma republicana de gobierno implica la división de poderes en ejecutivo y legislativo.

¹⁶³ Ibidem, p. 190.

¹⁶⁴ Kant, Immanuel, *Contestación a la pregunta ¿Qué es Ilustración?*, 1ª., ed., trad. Baltasar Espinoza, Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, México, Taurus, 2012, p. 10.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 27.

Otro artículo importante para lograr la paz perpetua se refiere a que el derecho de las naciones debe basarse en una federación de Estados libres, lo cual implica que debe haber una federación de paz, cuyo fin sea poner fin a todas las guerras. Esta federación no persigue ningún poder del Estado, sino que se propone asegurar la libertad de un Estado y la de otros Estados sin someterlos a leyes políticas.

Respecto al derecho de las naciones, señala que a no ser que se suponga un estado jurídico, no podrá hablarse nunca de un derecho de las naciones. Este derecho, en cuanto público, conlleva la afirmación de una voluntad general que determine a cada cual lo suyo. Dicho estado procede de un contrato fundado en un acuerdo asociativo totalmente libre.

Kant afirma que para lograr que las máximas de la política concuerden con el derecho de las naciones, es la existencia de un estado legal.¹⁶⁶

En la *Idea para una Historia Universal en Clave Cosmopolita*, Kant parte del supuesto de que los hombres no se comportan de un modo instintivo, ni como ciudadanos del mundo. Por lo que el camino que queda por seguir consiste en descubrir una intención de la naturaleza, de la cual sea posible conducirse conforme a un plan determinado por la misma.

Siendo los principios más relevantes, aquél que señala que el mayor problema para la especie humana, a cuya solución le fuerza la Naturaleza, es la instauración de una sociedad civil que administre universalmente el derecho, porque:

“Así una sociedad en la que la libertad bajo leyes externas se encuentra vinculada en el mayor grado posible con un poder irresistible, esto es, una constitución civil perfectamente justa, tiene que ser la tarea más alta de la Naturaleza para con la especie humana, ya que la Naturaleza sólo puede conseguir el resto de sus designios para con nuestra especie proporcionando una solución a dicha tarea y ejecutándola.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.72.

¹⁶⁷ Kant, Immanuel, *Ensayos sobre la Paz, el Progreso y el Ideal Cosmopolita*, 3ª. ed., trad. Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Cátedra, 2010, p. 39.

El establecimiento de una constitución civil perfecta, depende de una reglamentación de las relaciones interestatales, pues no sirve laborar por una constitución conforme a leyes interindividuales, cuando la insociabilidad a obrar de tal modo, es la que provoca en cada Estado esgrimir su libertad frente a otros Estados, pero la solución que se encuentra en renunciar a su libertad y buscar la paz y seguridad en el marco legal de la constitución.

Para acabar con la resistencia de los Estados a la idea precedente, se requiere una ley del equilibrio al igual que un poder unificado, en otras palabras un estado cosmopolita, es decir, una confederación de Estados.

Como se advierte, en Kant ya están presentes tres de los temas que entrecruzan los problemas de la presente investigación: el ético-moral, los contenidos de la ley o norma ética, expresada en la buena voluntad y el imperativo categórico y la comunidad de naciones.

3.2.- El Utilitarismo

Después de analizar la cuestión moral en la antigüedad griega y en la síntesis entre el idealismo y el empirismo en el logicismo kantiano, procedemos al estudio de una escuela que ha realizado aportaciones significativas a la moral, como lo es la utilitaria, para lo anterior nos abocaremos al estudio de Adam Smith y su obra.

3.2.1.- Adam Smith y La Teoría de los Sentimientos Morales

Adam Smith sostiene que por más que un hombre se crea egoísta, existen algunos principios en su naturaleza, que le provocan interesarse en la fortuna de otros, porque, como no poseemos una experiencia inmediata de lo que otras personas sientan, solo nos podemos formar una idea de la manera en la que son afectados, mediante la concepción de lo que nosotros mismos sentiríamos en una situación parecida, así afirma:

“Los sentidos nunca nos podrán transportar más allá de nuestra propia persona, y es por medio de la imaginación que podemos formarnos una concepción de lo que son esas sensaciones. Ni tampoco ayudarnos en

ninguna otra forma, que mediante la representación de lo que sería nuestra propia situación, si estuviésemos en un caso parecido.”¹⁶⁸

Mediante la imaginación nos concebimos a nosotros mismos resistiendo las mismas penas, entramos en su cuerpo y sus agonías, cuando son traídas a nosotros mismos, cuando las hemos adoptado y hecho nuestras, comienzan finalmente a afectarnos, temblamos con el solo pensamiento de lo que se siente. Lo anterior, en opinión de Smith, es la fuente de nuestro compañerismo por la miseria de otros, que es intercambiar lugares con la persona que sufre, ya que la pena y el sufrimiento llaman a nuestro compañerismo.

La simpatía podrá verse que nace de la vista de cierta emoción en otra persona. Sin embargo, esto no es universal, o aplicable en toda pasión, existen algunas pasiones respecto de las cuales las expresiones no generan ninguna clase de simpatía, pero que provocan nuestra disgusto, como por ejemplo la conducta agresiva de alguien.

Entre los dos esfuerzos diferentes, entre aquel del espectador que entra en los sentimientos de la persona principalmente involucrada, y el de la persona involucrada para reducir sus emociones a lo que el espectador aprueba, se fundan en dos conjuntos de virtudes distintos. Las virtudes del blando, el gentil y el amigable, las virtudes de la condescendencia candida y la indulgencia humanitaria se fundan en la primera. En tanto, el genial, el terrible y respetable, las virtudes de la autonegación, del autogobierno, del control de las pasiones que sujeta todos los movimientos de nuestra naturaleza a lo que nuestra propia dignidad y honor, y la conveniencia de nuestra propia conducta requiere, toman su origen del otro.

Entre iguales, cada individuo se halla naturalmente, y precede a la institución del gobierno civil, observado como poseedor de un derecho tanto a defenderse a él mismo de las injurias, como a extraer un cierto grado de castigo para aquellos que le han provocado un daño. Todo espectador generoso no solo aprueba esta conducta cuando la realiza, sino que penetra en los sentimientos como para auxiliarle.

¹⁶⁸ Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, 6ª., ed., Brasil, Metalibri, 2005, p. 4.

Aunque la mera búsqueda de la beneficencia parece no merecer ningún castigo de los iguales, los mayores esfuerzos de esa virtud parecen merecer la mayor recompensa. Al ser productor del mayor bien, se es objeto de la mayor gratitud. Sin embargo, la violación de la justicia, por el contrario, nos expone al castigo. No existe duda en que hay una conveniencia en la práctica de la justicia, y merece sobre esa consideración, toda la aprobación que es debida a la conveniencia. Las leyes más sagradas de la justicia, cuya violación llama a la venganza y al castigo, son las leyes que resguardan la vida; después, le siguen aquellas que resguardan la propiedad y las posesiones; y al último vienen aquellas que resguardan los derechos personales o lo que nos es debido de las promesas de otros. La justicia es el pilar principal que sostiene el edificio de la sociedad. Quien causa disturbios a la paz pública es removido del mundo, y los demás se aterran de su suerte si imitan su ejemplo.

El hecho de que la preservación de la sociedad, que originalmente nos interesa en el castigo de los crímenes a los individuos, merece una explicación. Obedece a que lo que nos preocupa en la destrucción o pérdida de la sociedad, debido a que un solo hombre es una parte de la sociedad. En algunas ocasiones, se aprueba un castigo y se inflige el mismo, simplemente desde el interés general de la sociedad, que imaginamos no puede ser asegurado de otra forma. De este tipo son todos los castigos infligidos por violaciones a lo que se llama policía civil y a la disciplina militar. Tales crímenes no lastiman de forma directa o inmediata a una persona, pero sus consecuencias remotas, se cree, producen o pueden producir, un inconveniente considerable o un gran desorden en la sociedad. Cuando la preservación de un individuo es inconsistente con la seguridad de una multitud, nada puede ser más justo que se prefiera a los muchos a uno.

El ser humano siguiendo la opinión de los estoicos, y que considera Smith, debe verse a sí mismo no como algo separado, sino como un ciudadano del mundo. Para el interés de esa gran comunidad, todo el tiempo debería desear que su propio interés sea sacrificado. No nos deberíamos ver a nosotros mismos, no bajo

la luz de nuestras propias pasiones egoístas que nos dirijen, sino en el cual el ciudadano del mundo nos vería.¹⁶⁹

En opinión de Smith, nuestra continua observación de la conducta de otros, nos guía a ciertas reglas generales que son las de la moral, que se fundamentan en circunstancias particulares, en nuestra moral, en nuestro sentido natural de mérito y conveniencia y aprobación. Originalmente, no aprobamos o condenamos acciones particulares, porque en nuestro examen, parecen ser agradables o inconsistentes con cierta regla general. La regla general, por el contrario, se forma, de la experiencia, de que todas las acciones de una cierta clase, o desarrolladas de cierta manera serán aprobadas o no.¹⁷⁰

Cuando estas reglas generales se han formado, cuando son universalmente reconocidas y establecidas, por los sentimientos de la humanidad, apelamos a ellas como estándares de nuestros juicios, para debatir el grado de alabanza o culpa que se debe dar a ciertas acciones de una naturaleza complicada. Son citadas, en estas ocasiones, como el fundamento último de lo que es justo o injusto en la conducta humana.

Esta circunstancia parece haber engañado a varios autores eminentes, al diseñar sus sistemas de tal manera, como si hubiesen supuesto que los juicios originales de la humanidad respecto a lo bueno o malo, se formasen como las decisiones de una corte de justicia, considerando en primer lugar la regla general y en segundo término si la acción particular a considerar recae dentro de su comprensión.

Aquellas reglas generales de conducta, cuando han sido puestas en nuestra mente por la reflexión habitual, son de gran utilidad para corregir la tergiversación del amor propio de lo que es apropiado hacer en nuestra situación particular.

El observar esas reglas generales de conducta, es lo que se denomina sentido del deber, un principio con las mayores consecuencias para la vida humana, y el único principio que es capaz de dirigir las acciones de la humanidad.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 123.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 140.

Las reglas generales que determinan cuales son los oficios de prudencia, caridad, generosidad, gratitud, amistad son en muchos aspectos vagos e inadecuados, admiten muchas excepciones y requieren de muchas modificaciones, por lo que resulta casi imposible regular nuestra conducta mediante su observancia. De todas las virtudes, en opinión de Smith, la gratitud es quizás la que posee las reglas más precisas y que admiten menos excepciones. Se presenta una virtud en la que sus reglas generales son exactas en cada acción externa que lo requiere. Se refiere a la justicia; sus reglas son exactas en un alto grado y no admiten excepciones o modificaciones, por ejemplo, si le debo a un hombre dinero, la justicia requiere que se lo pague, ya sea cuando llegue el tiempo de pagarle o cuando él lo precise así.

Respecto de la utilidad, Smith señala que es una de las principales fuentes de la belleza. La razón por la cual la utilidad agrada, ya que es un objeto que agrada y sugiere el placer o la conveniencia que espera promover.

En razón de lo anterior, los ricos sólo seleccionan del montón lo que es más precioso y agradable. Consumen un poco más que los pobres, y a pesar de su naturaleza egoísta y rapacidad, solo buscan su propia conveniencia, el sólo fin que anhelan de los miles de empleados que tienen es gratificar su vanidad y deseos insaciables. Son guiados por la mano invisible para realizar la misma distribución de las necesidades de la vida, que se hubiera hecho si la tierra se hubiese dividido en porciones iguales entre todos sus habitantes, sin así buscarlo, sin saberlo, para el avance de la sociedad, apoyando los medios para la multiplicación de la especie. El mismo principio, el mismo miramiento a la belleza del orden, del arte y las invenciones, sirve para recomendar las instituciones que tienden a promover el bienestar público.

Nada tiende más a promover el espíritu público que el estudio de la política, de los diversos sistemas de gobierno civil, sus ventajas y desventajas, la constitución de su propia ciudad, su situación, y el interés por las naciones extranjeras, su comercio, su defensa, los peligros a los que están expuestas, como resolverlos y como cuidarse de ellas.

El carácter del hombre al igual que las invenciones del arte o de las instituciones del gobierno civil sirven para adecuar la promoción o distorsión de la felicidad tanto del individuo como de la sociedad. El prudente, el equitativo, el activo, el resuelto, y sobrio de carácter prometen prosperidad y satisfacción, tanto a la persona como a todo el que se halle con él.

Los mismos principios que dirigen el orden en que los individuos les es recomendado su beneficencia, dirigen de igual modo a las sociedades. De este modo, el hombre virtuoso siempre está deseando sacrificar su interés privado por el interés público de su sociedad, ya que es una parte subordinada de dicha sociedad.

Esta teoría resalta la búsqueda de la felicidad, contraria a la búsqueda de la virtud de los contractualistas, el hecho de que se deba salvaguardar a los muchos por encima de unos pocos, lo cual se refleja en las situaciones de emergencia consagradas en el ámbito internacional mediante la suspensión de garantías y que como comentamos al comienzo, del presente capítulo, es una de las visiones que influye en como se interpretan los derechos humanos y cuya trascendencia en el presente trabajo radica en que, pone de manifiesto las tensiones entre el derecho interno y aquél de los derechos humanos, entre el contractualismo y el utilitarismo presentes en los derechos humanos. También, abonará en el presente análisis en lo tocante al alcance expansivo o restrictivo de los derechos humanos, en el ámbito regional y de México, como veremos más adelante la visión utilitarista parece ser la dominante en el ámbito de los derechos humanos, ya que sólo unos pocos alcanzan el carácter *ius cogens*, lo cual trasciende en lo tocante al control de convencionalidad, es decir, el cambio de paradigma introducido en México, a través de la sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco.

3.2.2.- David Hume y la Investigación sobre los Principios de la Moral

David Hume comienza su análisis preguntando sobre la controversia respecto a los fundamentos generales de la moral, consistente en determinar si dichos fundamentos derivan de la razón o del sentimiento, asimismo, afirma:

“...de si llegamos a conocerlos siguiendo una cadena de argumentos e inducciones, o más bien por un sentimiento inmediato y un sentido interno más sutil; de sí, como sucede con todo recto juicio acerca de la verdad y la falsedad, deben ser los mismos en todos los seres racionales inteligentes, o deben estar fundados, como ocurre con la percepción de la belleza y la deformidad, en la particular manera de ser y constitución de la naturaleza humana.”¹⁷¹

Por lo anterior, David Hume comienza su investigación considerando las virtudes sociales de la benevolencia y la justicia.

Al observar las alabanzas que un individuo recibe, existe, en opinión de Hume, una circunstancia en la que se insiste mucho, es decir, la felicidad y la satisfacción que obtiene la sociedad del trato con dicha persona, y de sus buenos oficios. De esta manera, estas alabanzas nunca dejan de recibirse, cuando se desea inspiran estima por alguien, de esto, sostiene Hume, se puede concluir la utilidad que resulta de las virtudes sociales. Es así que de todas las determinaciones sobre la moral, la utilidad pública está presente de forma preponderante, de igual forma, cuando surgen disputas respecto de las obligaciones impuestas por el deber, no hay manera de decidir la cuestión con mayor certeza que asegurarse dónde se encuentran los verdaderos intereses del género humano.¹⁷²

Con relación a la justicia, David Hume sostiene que la utilidad pública es el origen único de la justicia y las reflexiones sobre sus consecuencias beneficiosas son el único fundamento de su mérito.

En dicha tarea, parte suponiendo que si el alma está repleta de sentimientos de amistad y generosidad entonces la justicia no sería necesaria. En otro supuesto, David Hume supone que, en una sociedad donde todo escasea, las leyes de la justicia quedarían en suspenso, ya que el lugar de la justicia sería ocupado por la autoconservación.¹⁷³ En otra suposición, imagina Hume a un hombre que siendo virtuoso, tuviese el infortunio de vivir en una sociedad de malhechores, alejado de la protección de las leyes y del gobierno; tal persona se vería en la necesidad de

¹⁷¹ Hume, David, *Investigación sobre los Principios de la Moral*, 1ª. ed., trad. Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 34.

¹⁷² *Ibidem*, p. 47.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 54.

vivir armado, toda vez que su respeto por la justicia no tendría valor alguno por no ser de utilidad para su protección, por lo que tendría que guiarse por su autoconservación. Con los ejemplos antes referidos, David Hume indica que las reglas de la equidad y la justicia dependen del estado o condición particulares en que las personas estén situadas, es así que deben su origen y existencia a la utilidad que la sociedad obtenga de su observancia. Aunado a lo anterior, David Hume añade que la situación de la sociedad es una que fluctúa entre todos los extremos descritos en sus ejemplos. Asimismo, indica lo siguiente:

“De un modo natural somos parciales para con nosotros mismos y para con nuestros amigos; pero somos capaces de ver las ventajas de una conducta más equitativa. Pocos disfrutes nos son dados gratis y generosamente por mano de la naturaleza; pero mediante la artesanía, el trabajo y la aplicación, podemos extraerlos en gran abundancia. De ahí que las ideas de propiedad se hagan necesarias en toda sociedad civil; de ahí deriva la justicia su utilidad para la gente; y de ahí, y sólo de ahí, provienen su mérito y obligación moral.”¹⁷⁴

Dirigiendo sus argumentos en contra del estado de naturaleza, Hume señala que es una ficción, la cual se dirige contra el primer ejemplo. El segundo ejemplo, el estado de guerra de todos contra todos, es una cuestión que pone en duda. Sin embargo, sostiene que si algo debe admitirse es el hecho de que si el estado de guerra y violencia mutuas fueron reales alguna vez, la suspensión de las leyes de justicia, por ser inútiles, tendrían que haber sido una consecuencia necesaria.

En lo tocante a las leyes particulares, analiza aquellas destinadas a la justicia y a la propiedad, sostiene se llegaría a la conclusión de que el bien de la humanidad es el único objeto de todas esas leyes.

Sostiene que si la naturaleza es tan generosa con la humanidad, y si sus dones fuesen igualmente divididos entre la especie, cada individuo disfrutaría de todo lo que es necesario. Basado en ello, sostiene Hume que parecería que la regla de la igualdad podría no ser impracticable. Sin embargo, indica que en efecto son impracticables, en razón de lo siguiente:

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 58.

“Dividamos las posesiones de un modo igualitario, y veremos cómo inmediatamente los diferentes grados de arte, esmero y aplicación de cada hombre rompen la igualdad. Y si se pone coto a esas virtudes, reduciremos la sociedad a la más extrema indigencia; y en vez de impedir la carestía y la mendicidad de unos pocos, éstas afectarán inevitablemente a toda la sociedad...Una perfecta igualdad de posesiones, al destruir toda subordinación, debilita en extremo la autoridad de la magistratura, pues reduce todo poder a casi un mismo nivel, igual que la propiedad.”¹⁷⁵

Por ello, se puede concluir, en opinión de David Hume, que, a fin de establecer leyes que regulen la propiedad, ha de familiarizarse con la naturaleza y situación del hombre, por lo que deben rechazar la idea de la igualdad, en vez de ello, se deben buscar las reglas que en conjunto sean útiles y beneficiosas. Como crítica para aquellos autores que escriben sobre las leyes de la naturaleza, indica Hume, se encontrará que cualesquiera que sean los principios de que parten, concluyen como razón última de cada una de las reglas que establecen, la conveniencia y las necesidades de la humanidad. Para David Hume la propiedad es todo aquello cuyo uso es legal para un hombre y sólo para él.¹⁷⁶

En su opinión, la justicia es un requisito absolutamente necesario para el bienestar de la humanidad y para la existencia de la sociedad. La justicia promueve la utilidad pública y sostiene la sociedad civil. El sentimiento de justicia no deriva de la razón, sino de un instinto original y simple que se halla en el corazón humano implantado ahí por la naturaleza. De esto, se sigue que la propiedad, que es el objeto de la justicia, es discernible mediante un instinto original. La necesidad que nos lleva a la justicia es tan universal y se refiere a reglas semejantes que el hábito correspondiente tiene lugar en todas las sociedades.¹⁷⁷

El sostenimiento de la sociedad radica en la necesidad de justicia, por lo que se puede concluir:

“...esta circunstancia de la utilidad tiene, en general, fortísima energía y un control absoluto sobre nuestros sentimientos. La utilidad debe ser, por tanto, la fuente de una parte considerable del mérito adscrito al humanitarismo, la

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 77.

benevolencia, la amistad, el espíritu cívico y otras virtudes sociales de esa clase; y es también la sola fuente de la aprobación moral que concedemos a la felicidad, la justicia, la veracidad, la integridad y todos los demás principios y cualidades estimables y útiles.”¹⁷⁸

Una vez que David Hume ha analizado las virtudes en el hombre en particular, dirige su análisis a la sociedad política. Es así que comienza afirmando que si cada individuo pudiese percibir la justicia y la equidad, en oposición al atractivo del placer y de la ganancia, no hubiese habido necesidad de una sociedad política, ya que cada individuo, siguiendo su libertad natural, habría vivido en completa paz y armonía con los demás. Sostiene que las reglas de la justicia, que aplican a los individuos, se aplican de igual manera a las sociedades políticas; la única diferencia entre las sociedades y los individuos, radica en que la naturaleza humana no puede subsistir sin la asociación de los individuos; y dicha asociación no tendría lugar si no se respetan las leyes de la equidad y la justicia.¹⁷⁹

La utilidad es siempre referida al yo, por ello todo lo que contribuye a la felicidad de la sociedad se recomienda por sí mismo a nuestra aprobación. La moral, en su opinión, implica un sentimiento común a toda la humanidad, lo cual provoca que la mayoría de los hombres coincida en la misma opinión o decisión acerca de dicho objeto. Ello implica la existencia de un sentimiento universal, que haga de las acciones y la conducta de las personas objeto de aplauso o censura, de acuerdo o no con las reglas de lo justo delineados por él mismo.¹⁸⁰

La manera en la que se distingue entre las acciones plausibles y las perniciosas, no son sólo a través de la razón, sino de un sentimiento que aprueba o rechaza dichas acciones, el cual es la preferencia por las tendencias útiles a favor de la felicidad del género humano.

Sobre el origen y la naturaleza de la justicia afirma que la justicia y la felicidad no son consecuencia de un acto individual aislado, sino que surgen de la totalidad del esquema en el que concurre toda la sociedad o la mayoría de ella.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 80.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 164.

David Hume critica el origen de otras teorías sobre el surgimiento de la justicia, respecto de las convenciones señala lo siguiente:

“Han afirmado algunos que la justicia surge de convenciones humanas y que procede de la elección, consentimiento y acuerdo voluntarios de la humanidad. Si por convención quiere aquí decirse una promesa (que es el sentido más usual del término), nada podría ser más absurdo que esta postura. La observancia de las promesas es ya una de las más considerables de la justicia; y, ciertamente, no estamos obligados a mantener nuestra palabra porque hayamos dado nuestra palabra de mantenerla. Pero si por convención quiere decirse un sentido de interés común, sentido que cada hombre experimenta en lo hondo de su pecho, que nota en sus prójimos, y que le lleva, en concurrencia con otros, a un plan general o sistema de acciones que tiende a la utilidad pública, entonces debe admitirse que, es ese sentido, la justicia surge de convenciones humanas.”¹⁸¹

Continuando con su crítica, Hume sostiene que la palabra natural se toma en muchos sentidos, por ello posee un significado tan impreciso que no le parece útil discutir si la justicia es natural o no.¹⁸²

Afirma que cuando la razón natural no nos proporciona un criterio de utilidad pública, por el que podamos decidir una controversia que verse sobre la propiedad, se suelen crear leyes positivas, sin embargo, cuando éstas fallan entonces se buscan los precedentes, y aunque un fallo previo haya sido injusto, se le tiene como razón suficiente para resolver un asunto. No obstante lo anterior, si no se encuentran leyes o precedentes directos, se recurre a las analogías, las cuales, para Hume, son más imaginarias que reales. En general, en relación a este punto, sostiene Hume, que se puede afirmar que la jurisprudencia que es diferente de las demás ciencias, y que no puede decidirse que la verdad o la falsedad estén del lado de ninguna de las partes contendientes. Porque si una parte encuentra una ley o un precedente a su favor, la parte contraria, podría encontrar leyes o precedentes a su favor de igual modo. En su opinión, la utilidad pública es el objeto general de los tribunales, la cual requiere una norma estable en todas las controversias.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 209.

¹⁸² *Ibidem*, p. 210.

En el pensamiento de este autor encontramos, desde la dimensión filosófico-política, una explicación sobre la moral, la sociedad, las leyes y la jurisprudencia, destacando en éstos conceptos un determinado grado de subjetividad.

3.2.3.- John Stuart Mill. El Utilitarismo

Para comenzar con su exposición sobre lo que es el utilitarismo, hace una crítica al libro sobre la *Metafísica de las Costumbres* de Kant, en cuanto al principio universal de la obligación moral, consistente en actuar de tal manera, que la máxima de la acción sea adoptada como ley para todo ser racional, en su crítica afirma que cuando Kant trata de deducir de este precepto las obligaciones de la moral, falla en demostrar que no habría contradicción, ninguna imposibilidad lógica, en la adopción por parte de todos los seres racionales de las máximas de conducta más inmorales. Toda vez que lo único que demuestra son las consecuencias de la adopción universal en que se incurriría si se escogiese dicho precepto.

En su defensa del utilitarismo, señala que los fundamentos morales de esta corriente filosófica se encuentran en el principio de la felicidad, el cual sostiene lo siguiente:

“...que las acciones son buenas en la proporción en la que tienden a promover la felicidad, y son malas cuando tienden a producir lo opuesto a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la privación del placer.”¹⁸³

Stuart Mill señala que estas explicaciones no afectan la teoría de vida en la cual esta teoría moral se basa, principalmente, el placer y la libertad del dolor que son las únicas cosas deseables como fines, y que todas las cosas deseables son deseables por el placer que les es inherente o como medios para la promoción del placer y la prevención del dolor. Por lo que aparece un cierto hedonismo en esta posición moral.

¹⁸³ Stuart Mill, John, *Utilitarianism*, London, 1863, p. 9.

Sin embargo, ante los reproches a dicha teoría que supone que para el utilitarismo la vida no posee otro fin que el placer, expone Mill, que los críticos suponen que se trata de una teoría de sinvergüenzas, además, la comparación entre la vida epicúrea con aquella de las bestias se estima denigrante, precisamente debido a que la vida placentera de las bestias no satisface la concepción de felicidad de la humanidad, por último, se dice que los seres humanos poseen facultades más elevadas que aquellos apetitos animales.

A favor del utilitarismo, y contra estas críticas, Mill sostiene que los escritores utilitaristas han escrito más sobre la superioridad mental que sobre los placeres corporales y que algunos placeres, en la teoría utilitarista son más deseables que otros. Ya que de dos placeres, si existe uno por el cual todos o casi todos, de quienes los han experimentado, proporcionarían una preferencia decidida, con independencia de cualquier sentimiento u obligación moral para preferir alguno, ese sería el placer más deseable. Si una de las dos opciones fuese escogida por mucho respecto de la otra, debe tomarse como la decisión final. Dicha situación forma parte esencial de la concepción utilitarista o de la felicidad, pero no es una condición indispensable para el utilitarismo, ya que el estándar no reside en la felicidad del agente, sino en la mayor cantidad de felicidad para todos.

Sin embargo, otro tipo de críticos sostienen que la felicidad no puede ser el propósito racional de la vida humana y de la acción, en razón de que la felicidad es inalcanzable. A esta crítica Mill responde que la utilidad no incluye solamente la búsqueda de la felicidad, sino la prevención o mitigación de la infelicidad, entonces si la búsqueda de la felicidad es quimérica, se daría el más amplio espectro y la necesidad obligatoria de buscar la prevención de la infelicidad.

Sin embargo, advierte Mill, cuando justamente se afirma que es imposible que la vida humana sea feliz y que un estado exaltado de felicidad dura un momento. Contesta lo siguiente:

“Los ingredientes principales de una vida feliz son dos, la tranquilidad y la emoción. Ya que con demasiada tranquilidad, muchos encontrarán que

*pueden contentarse con muy poco placer, y quienes tienen mucha emoción, podrían reconciliarse con un poco de dolor.*¹⁸⁴

En opinión de los utilitaristas, resulta noble el renunciar por completo a la proporción de felicidad o la posibilidad de la misma, pero, después de todo, este sacrificio debe tener un fin, ya que se convierte en virtud, que se considera es la más alta, ya que incrementan la felicidad en el mundo.

El estándar utilitario de la conducta buena, no radica en la propia felicidad del agente, sino en aquella de todos los involucrados. El utilitarismo requiere al agente ser un espectador estrictamente imparcial, benevolente y desinteresado. La regla dorada del utilitarismo se observa en la conducta de Jesús de Nazareth, ya que el amor a sus vecinos como a sí mismo, constituye el ideal de perfección de la moral utilitarista. La multiplicación de la felicidad es, de acuerdo a la ética utilitarista, el objeto de la virtud.

Sin embargo, la razón por la cuál se debe obedecer el principio de utilidad es la sanción, ya que en este sentido, el utilitarismo no difiere de otros sistemas morales. La fuerza obligatoria de la sanción externa, de acuerdo a Mill, fortalece la moral utilitaria, así como una mayor educación. Por lo que hace a la sanción interna, se refiere a la consciencia, es decir, una parte subjetiva.¹⁸⁵

Mill señala que existe una disposición a creer que una persona que observa en la moral una obligación trascendental, una realidad objetiva, que pertenece al área de las cosas en sí mismas, le será más obediente que aquella persona que cree que es enteramente subjetivo, teniendo su asiento en la consciencia. Sin embargo, cualquiera que sea la opinión en este aspecto, la fuerza que lo compele es su propio sentimiento subjetivo, el cual es medido por su fuerza.

Por su parte, la sanción, si es desinteresada, se encuentra siempre en la mente, y la noción, por lo tanto de los moralistas trascendentales debe ser, que dicha sanción no existe en la mente, a menos que se crea que tiene su raíz en la misma, por lo que si una persona dice: esto que me frena y que se llama consciencia, es

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 39-40.

solo un sentimiento en mi mente, válidamente podrá concluir que cuando el sentimiento cese, cesará la obligación, y si encuentra el sentimiento inconveniente, se deshará de él. En consecuencia, sostiene Mill, si la creencia en el origen trascendental de la obligación moral proporciona alguna eficacia adicional a la situación interna, parece que el principio utilitarista posee ese beneficio.

En lo tocante a la justicia y su conexión con el utilitarismo, sostiene Mill, que se propone determinar si la realidad, a la cual el sentimiento de justicia corresponde, es uno que requiere alguna revelación; si la justicia o la injusticia de una acción es una cosa intrínsecamente peculiar, y diferente de las otras cualidades, o como combinación de ciertas cualidades presentadas bajo un aspecto peculiar. Por lo que el propósito de lo anterior, es saber si la justicia o la injusticia es *sui generis* como las sensaciones de color y gusto o un sentimiento derivado mediante la combinación de otros.¹⁸⁶

Así, se considera injusto privar a alguien de su libertad o de sus propiedades o cualquier otra cosa que le pertenece por derecho. Esto es una primera instancia de lo que se considera justo o injusto, en el sentido de que lo justo es respetar y lo injusto violentar los derechos de cualquiera.

En un segundo término los derechos legales de los que es privado, podrían ser derechos que no le pertenecían, esto se traduce en que el derecho que le confiere esas potestades, podría ser un mal derecho, cuando se trata de esto, o cuando se supone eso, las opiniones diferirán de lo que es justo o injusto. Algunos sostendrán que el derecho, sin importar lo malo que sea, debe ser desobedecido, sin embargo, también implica la violación de la humanidad a someterse al derecho. Otros sostendrán, la opinión contraria, debe ser desobedecido aunque no sea injusto, pero sí inconveniente, y otros sostendrá que se deben desobedecer solo las leyes injustas. Por lo que se sostiene que existe un derecho moral.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 62.

Respecto de la palabra justicia, sostiene Mill, que si se explora su etimología, se observa que su elemento primitivo es la conformidad con el derecho. En otra acepción, de la palabra justicia se involucra la idea de un derecho personal, en este aspecto, Mill afirma que esta cualidad, que la justicia implica algo que un individuo tiene derecho a reclamar de otro como su derecho moral.¹⁸⁷

Una vez que Mill ha explorado las diferentes acepciones de lo justo y lo injusto, investiga si el sentimiento, que acompaña esta idea, le está unido mediante una dispensa natural o si puede ser desarrollado por leyes conocidas, fuera de la misma idea, o si puede originarse en consideraciones generales de conveniencia.

Mill considera que el sentimiento de justicia no deriva de la conveniencia. Pero afirma que los elementos esenciales de la justicia son el deseo de castigo y la creencia de que existe alguien que ha sufrido un daño. El deseo de castigo deriva de dos sentimientos la autodefensa y la simpatía.

La idea de justicia supone, en primer lugar, una regla de conducta, y en segundo lugar, un sentimiento que sanciona la regla. El primero debe suponerse como presente en toda la humanidad y supuesto para su propio bien. El segundo para aquellos que infringen la ley. Lo cual involucra una persona que ha sufrido un daño. Por lo que el sentimiento de justicia, para Mill, es el deseo animal de repeler o vengar un daño cometido en nuestra contra o contra aquellos con quienes simpatizamos, lo cual incluye a todas las personas, mediante la capacidad humana de ampliar la simpatía.¹⁸⁸

Para poseer un derecho, entonces se debe tener algo que la sociedad debe defender, lo cual deriva de la sed de venganza, ya que apareja la seguridad de cada uno y se constituye como el sentimiento más importante para el interés de todos.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 69-70.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 77-78.

Conforme a lo anterior, sostiene Mill, que si se dice que la justicia es totalmente independiente de la utilidad y constituye un estándar por sí misma, que la mente puede reconocer mediante introspección, entonces resulta difícil entender que dicha cuestión interna resulte tan ambigua y por qué tantas cosas aparecen como justas o injustas, conforme a la perspectiva con que se vean. Sobre el particular, si se nos dice que la utilidad es un estándar que no proporciona certeza, y que cada quien interpreta de forma diferente, y que no existe más seguridad que en el inmutable dictado de la justicia. Sin embargo, en opinión de Mill, en la mente de cada individuo, la idea de justicia no implica una sola regla.

Una vez más, cuando se admite la legitimidad de infligir un castigo, se observan diversas concepciones de la justicia al discutir la proporción debida entre los castigos y las ofensas. Se observa que ninguna regla se recomienda con mayor fuerza que aquel sentimiento primitivo de justicia que el ojo por ojo; o que el castigo sea proporcional con la ofensa o, por último, que no es justo infligir un castigo que vaya más allá de lo mínimo para prevenir la repetición de la conducta.

Otro ejemplo, consistiría en decidir si en una asociación industrial, es justo o no que al talento o a la habilidad se les deberían dar mayores remuneraciones. Por el lado negativo, se dice que quien hace lo mejor que puede, merece igualmente lo mismo, y, en justicia, no debería ser puesto en una posición de inferioridad por no ser su culpa; que las habilidades superiores poseen suficientes ventajas, y que la sociedad debe hacer justicia a los menos favorecidos, ante esta iniquidad de ventajas, para no agravarlas. Del lado contrario, se dice que la sociedad recibe más de los trabajadores más calificados, por lo que la sociedad les debe más.

Por lo que surge esta cuestión: ¿quién decidirá ante estos principios de justicia en conflicto? En los dos casos expuestos, la justicia presenta dos lados que no es posible armonizar, por un lado que es justo que el individuo reciba, mientras el otro se pregunta si es justo lo que la comunidad le debe dar al individuo. Mill observa que cada una es incontestable y la preferencia de una debe ser arbitraria. La utilidad social solo puede decidir la preferencia.

En otro ejemplo, sobre como son irreconciliables los estándares de justicia se refiere a la repartición de los impuestos. Una opinión sostiene que el pago al Estado debe ser en proporción numérica en dinero. Otros creen que la justicia dicta tomar un porcentaje mayor de quienes poseen más.

Al respecto, Mill sostiene que la solución la tiene el utilitarismo. Afirma que la justicia es el nombre que reciben las clases de reglas morales, que conciernen que es esencial del ser humano y son, por lo tanto, de mayor obligación, que cualquier otra regla que guíe la vida, ya que la noción que posee la esencia de la justicia, reside en aquel derecho de un individuo lo cual implica una mayor obligación.

Las reglas morales que prohíben lastimar a los demás son más vitales que cualquier máxima, que si bien son importantes, sólo se refieren a ciertos aspectos de las actividades humanas. Ello es así, ya que tal vez una persona no requiera de los beneficios de otros, pero siempre necesitara que los otros no le hagan daño.

El principio de que a cada quien se debe dar lo que merece, es decir, bien para el bueno y mal para el malo, no sólo se incluye en la idea de justicia como la definió Mill, sino que es un objeto de la intensidad del sentimiento, que coloca la justicia, en la estimación humana, por encima de lo simplemente oportuno o conveniente.

La mayoría de las máximas de la justicia del mundo son instrumentales para operar los principios de justicia: el que una persona sólo sea responsable de lo que ha hecho voluntariamente o pudo haber evitado voluntariamente; que es injusto condenar a cualquier persona sin escucharla; que el castigo deba ser proporcional a la ofensa y muchas otras máximas, han llegado a nosotros por la práctica de los tribunales, que han sido guiados a un reconocimiento y elaboración más completa de las reglas necesarias que les permitan cumplir su doble función: de infligir castigo cuando se debe y de reconocer el derecho de una persona cuando sea necesario.

En lo que se refiere a la imparcialidad, la primera de las virtudes judiciales, es una obligación de la justicia, en parte por la razón antes referida, y en parte por ser una

condición necesaria para cumplir otras obligaciones de justicia. También junto a la imparcialidad está la igualdad, ambos principios podrían constituirse como corolarios de los otros principios ya mencionados. Éstos se constituyen como los estándares más amplios de justicia social y distributiva hacia los cuales todas las instituciones, y los esfuerzos de los ciudadanos virtuosos, deberían enfocar sus mayores esfuerzos para cumplirlos. Esta obligación moral tiene como fundamento el principio de felicidad. Dicho principio es una mera palabra, a menos que la felicidad de una persona se suponga igual en grado y sea tomada como exactamente tanto como la de otros.

El reclamo de todos por la felicidad en la estimación del moralista y del legislador, conlleva una igualdad de todos los medios de la felicidad, excepto en las inevitables condiciones de la vida humana, y el interés general, en los cuales todo individuo está incluido, impone límites a la máxima; y aquellos límites deben estar estrictamente interpretados. Como toda máxima de justicia, no debe ser aplicada o tenida como aplicada univesalmente; por el contrario, ya que se acomoda a las ideas de oportunidad de cada persona. En todo caso, cualquiera que sea el caso, se considera el dictado de la justicia. Todas las personas poseen el derecho a un trato igual, excepto cuando se reconoce alguna oportunidad o la conveniencia social así lo requiera.

De lo antes dicho, parece que la justicia es el nombre de ciertos requerimientos morales, que, vistos de forma colectiva, poseen un estándar mayor en la escala de la utilidad social, y son por lo tanto de mayor obligación, que cualquier otro, aunque los casos particulares podrán ocurrir en los cuales otros deberes sociales son tan importantes, que podrían prevalecer por encima de cualquier máxima de la justicia. Por ejemplo, para salvar una vida, no podría ser sólo permisible, sino un deber robar, o llevar por la fuerza la comida necesaria, o la medicina en caso de enfermedad, o secuestrar al único médico calificado. En tales casos, como no llamamos justicia lo que no sea una virtud, se dice, esa justicia no debe dar lugar a otro principio moral, pero lo es justo en los casos ordinarios mencionados, por razón de ese otro principio, no solo en el caso particular.

La justicia, en opinión de Mill, continua como el nombre apropiado para ciertas utilidades sociales que son más importantes, absolutas e imperativas, que cualquiera otra de otra clase, que deben ser vistas como un sentimiento no sólo diferente en grado, sino también en clase, distinto del sentimiento de la mera promoción del placer y de la conveniencia, por la naturaleza de sus mandatos y lo rígido de sus sanciones.

Como se advierte, las lecciones que nos ofrece Mill en su filosofía, son útiles en la medida en que se acepta que la búsqueda de la felicidad es el telos de las instituciones asociadas a los derechos humanos, la justicia y a la actividad de los órganos jurisdiccionales. Observaremos como su aseveración de que la justicia es apropiada para ciertas utilidades sociales que son más absolutas e imperativas que otras, trasciende en la concepción del *ius cogens*, y su aplicación en el control de convencionalidad, es decir, lo aprobado en el caso Radilla al interior del derecho mexicano.

3.2.4.- Hegel y su Filosofía del Derecho

Debido a la complejidad de la filosofía de Hegel, el análisis de sus aportaciones, se centrará en su crítica a la filosofía de Kant y a su propuesta en contra de la concepción filosófica de Kant, porque este último es un referente obligado en materia de moralidad y derechos humanos.

En opinión de Hegel, la naturaleza del Estado no yace en un contrato, contrario a la visión de Kant, ya que los individuos carecen del arbitrio para fundar el Estado, así sostiene:

“Tampoco yace la naturaleza del Estado en una relación de contrato, ya sea el Estado tomado como un contrato de todos con todos, o como un contrato de este todo con el príncipe y el gobierno. La intromisión de esto, así como la de las relaciones de la propiedad privada en general en la relación del Estado, ha producido las mayores confusiones en el derecho del Estado y en la realidad. Como en períodos más anteriores los derechos del Estado y los deberes del Estado fueron considerados y afirmados como una propiedad privada inmediata de individuos particulares frente al derecho del príncipe y del Estado, en tiempos más recientes los derechos del príncipe y los del Estado han sido considerados como objetos de contrato y fundados en él,

como una simple comunidad de la voluntad y como surgidos del arbitrio de los unidos en el Estado. Por diferentes que sean ambos puntos de vista, tienen en común el haber trasladado la determinación de la propiedad privada a una esfera que es de naturaleza totalmente diferente y superior.”¹⁸⁹

En este aspecto, Hegel señala que la filosofía kantiana del “deber por el deber” es un formalismo vacío, ya que carece de la contradicción, en razón de lo siguiente:

“Es tan esencial destacar la autodeterminación incondicionada y pura de la voluntad como la raíz del deber, como también que el conocimiento de la voluntad ha adquirido sólo gracias a la filosofía kantiana su fundamento firme y su punto de partida por el pensamiento de su infinita autonomía, como tan esencial es que el mantenimiento del punto de vista moral que no pasa en el concepto de la eticidad rebaja esa adquisición a un formalismo vacío y a la ciencia moral a una retórica de querer el deber por el deber.”¹⁹⁰

Otra razón por la cual Hegel no está de acuerdo con Kant se debe a que, en su opinión Kant confunde el Estado y la sociedad civil, ya que antepone el interés individual como fin último, entonces el ser miembro del Estado es algo discrecional; en opinión de Hegel, esto es incorrecto ya que el Estado al poseer objetividad hace que el individuo sea parte del mismo¹⁹¹.

La soberanía hacia el interior es, para Hegel, idealidad en tanto que los momentos del espíritu y de su realidad, la del Estado, son *desplegados* en su *necesidad* y *subsisten* como *miembros* del mismo. Sin embargo, el espíritu, como relación *infinita negativa a sí mismo* en la libertad, es asimismo esencialmente *ser para sí* que *ha recogido en sí* la diferencia subsistente y es excluyente. En esta determinación, el Estado tiene *individualidad*, la cual esencialmente es como individuo, y en la soberanía, en cuanto real, es individuo inmediato.

La individualidad, como excluyente, aparece como *relación con otros Estados*, cada uno de los cuales es autónomo frente a los otros. Puesto que en esta autonomía tiene su *existencia empírica*, ella es la primera libertad y el honor supremo de un pueblo.

¹⁸⁹ Hegel, Georg W.F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*, 1ª.ed, trad. Eduardo Vásquez, España, Editorial Biblioteca Nueva, 2000, p. 151.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 202.

¹⁹¹ *Ibidem*, p.303.

Finalmente, Hegel sostiene que una comunidad de naciones es inviable, al igual que la paz perpetua, en razón de lo siguiente:

“A menudo, se exige la paz eterna como un ideal al que tiene que dirigirse la humanidad. Kant propuso una liga de monarcas de ser aproximadamente tal institución. Únicamente el Estado es individualidad y en la individualidad está contenida esencialmente la negación. Por consiguiente, si también un número de Estados se convierten en una familia, esta unidad como individualidad tiene que crearse una oposición y engendrar un enemigo. De las guerras, los pueblos no sólo resultan endurecidos, sino que naciones que son inconciliables en sí adquieren por la guerra hacia lo externo, tranquilidad en lo interno.”¹⁹²

Muchos de los argumentos hegelianos se asocian a la construcción de su dialéctica del amo y del esclavo. Además, sus ideas podrían ser la base de una sólida crítica a la tendencia al internacionalismo, la regionalidad o la unión entre estados, lo que a su vez, podría constituirse en una forma de cuestionar la actividad de organismos supranacionales y su impacto en la independencia e individualidad de los Estados.

4.0.- Visiones de la Sociedad Justa Contemporánea

4.1.- John Rawls. Teoría de la Justicia

Rawls sostiene que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.¹⁹³

Rawls entiende por grandes instituciones la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales; en tanto la libertad de pensamiento, propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de grandes instituciones sociales. Como esquema las grandes instituciones definen los derechos y deberes del hombre que influyen sobre su

¹⁹² *Ibidem*, p. 375.

¹⁹³ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 6ª., reimpr., trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 20.

perspectiva de vida. De esta manera, las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones iniciales frente a otras. Las cuales son desigualdades profundas de la estructura básica a las que se deben aplicar los principios de la justicia social. Aunque, el propio Rawls advierte que no debe suponer que los principios satisfactorios de la estructura básica sean válidos para todos los casos. Señala que en el derecho internacional se podrían requerir principios distintos.¹⁹⁴

Rawls se formula la pregunta de cómo se puede lograr una sociedad perfectamente justa. Sobre el particular indica que una concepción de la justicia social ha de ser considerada conforme a lo siguiente:

“...aquella que proporciona, en primera instancia, una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad... Los principios de justicia no son sino una parte, aunque quizá la más importante de tal concepción. A su vez el ideal social se conecta con una concepción de la sociedad, una visión del modo según el cual han de entenderse los fines y propósitos de la cooperación social.”¹⁹⁵

Rawls ha establecido el concepto de justicia como el equilibrio adecuado entre pretensiones enfrentadas, a partir de una idea de la justicia concebida como un conjunto de principios relacionados entre sí. De igual modo, ha caracterizado la justicia como parte de un ideal social, aunque su teoría se centra en ciertos principios distributivos para la estructura básica de la sociedad. En su opinión, no se aleja del enfoque dado por la tradición, en especial Aristóteles, ya que éste último identifica a la justicia como el abstenerse de obtener cierta ventaja apoderándose de lo que le pertenece a otros. Lo que advierte Rawls es que lo dicho por Aristóteles tiene por objeto las acciones y se piensa que las personas sean justas en la medida en que posean como un elemento permanente de su acción el hacerlo con justicia. Pero a diferencia del filósofo griego, Rawls señala que tal intención deriva de las instituciones sociales y de las expectativas legítimas que ellas originan.¹⁹⁶

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.23-24.

Habiendo aclarado lo anterior, Rawls se traza como objetivo presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a una mayor abstracción la teoría del contrato social de Locke, Rousseau y Kant. Siendo el hilo conductor los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad cuyo objeto es el acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Dichos principios regularán los acuerdos posteriores, a esto Rawls lo denomina justicia como imparcialidad, en esta teoría, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social.

Para Rawls la posición original es lo siguiente:

“Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o estatus social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia o su fortaleza.”¹⁹⁷

Esta justicia comienza como la elección de los principios de la misma, que regulará las instituciones, para después escoger una constitución y un poder legislativo. En la justicia como imparcialidad, se parte del supuesto de que los miembros son racionales y mutuamente desinteresados. Entendiendo racionalidad como el empleo de medios más efectivos para fines dados, sin embargo, dicha visión será modificada para evitar elementos controvertidos.

Considerando la idea anterior, Rawls sostiene que el principio de utilidad sería incompatible con la concepción de cooperación social entre personas iguales para beneficio mutuo.¹⁹⁸

En la situación inicial, de acuerdo con Rawls, las personas escogerían en primer lugar, la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, en tanto el segundo, correspondería a que las desigualdades sociales y económicas, por

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

ejemplo, riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos, en especial para los menos aventajados de la sociedad. Además, se podría suponer en la posición original, lo siguiente:

“...los grupos son iguales, esto es, todos tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios; cada uno puede hacer propuestas, someter razones para su aceptación, etc. Obviamente el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en tanto que personas morales, en tanto que criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno para ellas y que son capaces de tener un sentido de justicia.”¹⁹⁹

Otro aspecto al justificar una descripción de la posición original, es ver si los principios que podrían ser elegidos corresponden a las convicciones que tenemos de la justicia o las amplían de modo aceptable. En esta búsqueda se parte de dos extremos. Se comienza por representarla como condiciones generalmente compartidas y débiles, para ver si estas condiciones son lo suficientemente fuertes como para crear un conjunto significativo de principios. De ser así, y dichos principios coinciden con las convicciones sobre la justicia. Sin embargo, de darse una discrepancia, se pueden modificar o revisar los razonamientos.

Lo que se pretende es juntar en una concepción las condiciones opuestas a los principios que se reconozcan como razonables. Dichas restricciones se considerarán como límites a la cooperación social en términos equitativos.

Para entender los argumentos de la teoría en análisis es necesario mencionar que la intención de Rawls es crear una teoría de la justicia que sea una alternativa al utilitarismo. La idea principal del utilitarismo es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio de satisfacción distribuido entre los miembros que forman parte de ella, de este modo, se puede asegurar que la sociedad está correctamente ordenada y es justa. El principio de elección para una asociación de hombres se presenta como una extensión del principio de elección de un solo hombre. La justicia social

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

es el principio de prudencia racional aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo.

De acuerdo con Rawls, conforme a la visión utilitarista no importa como se distribuya la suma de la satisfacción, ni cómo un hombre distribuye sus satisfacciones en el tiempo. La distribución correcta es la que produce la máxima satisfacción. El modo más natural de llegar al utilitarismo es adoptar para la sociedad en conjunto el principio de elección racional por el individuo. El espectador imparcial es el individuo perfectamente racional que se identifica y tiene la experiencia de los deseos de otros como si fuesen propios.²⁰⁰

Realizando un contraste entre la teoría de la justicia y el utilitarismo, Rawls sostiene que se debe distinguir entre las pretensiones de libertad y de lo justo de lo deseable de aumentar el beneficio social en conjunto. Al respecto, observa que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, o en el derecho natural, que no puede ser anulada ni siquiera para el bienestar de los demás. La justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por los demás. En otro aspecto, el utilitario hace extensivo a la sociedad el principio de elección por cada miembro de la sociedad.

En cambio, para la justicia como imparcialidad, los principios de elección social son ellos mismos objeto de un acuerdo original. Los principios de la justicia ponen un límite al número de satisfacciones que tienen valor; imponen restricciones al número de conceptos del bien propio. Un sistema social justo define el ámbito en el cual las personas desarrollan sus objetivos, al darles un marco de derecho y oportunidades así como los medios de satisfacción. En la teoría utilitaria no se hace referencia al hecho de que las ganancias de algunos sobrepasen las desventajas de otros.

Así, la teoría de la justicia que propone Rawls puede dividirse en dos partes: 1) una interpretación de la situación inicial y una formulación de los diversos

²⁰⁰ *Ibidem*, p.38.

principios disponibles en ella para su elección, y 2) un razonamiento que establezca cuál de estos principios será de hecho adoptado. El objeto de los principios de justicia social es la estructura básica de la sociedad, dichos principios deberán asignar derechos y deberes en las instituciones, a la vez que señalarán la correcta distribución de los beneficios y cargas de la vida social.

Los principios de la justicia para las instituciones no deberían confundirse con los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares, Rawls entiende por institución:

“Un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.”²⁰¹

Con “sistema público de reglas”, Rawls quiere decir que cualquiera que participa en él sabe aquello que sabría si estas normas y su participación en la actividad que definen, fueran el resultado de un acuerdo. Una persona que toma parte en una institución sabe lo que las normas exigen de ella y de los demás. El carácter público de las reglas de la institución asegura que todos conozcan qué limitaciones de conducta pueden esperar unos de otros y qué acciones son permisibles.

Dentro de las instituciones se presenta la justicia formal, es decir, que los casos semejantes sean tratados de modo semejante, siendo las semejanzas y diferencias las identificadas mediante normas vigentes. La regla correcta, que definen las instituciones, es observada y adecuadamente interpretada por las autoridades. Sin embargo, tratar de manera semejante los casos semejantes no es garantía suficiente de justicia sustantiva. Esto depende de los principios conforme a los cuales se proyecta la estructura básica.

De esta manera, Rawls señala los dos principios de justicia que serían escogidos en la posición original, a saber:

²⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

“La primera enunciación de los dos principios es la siguiente:

Primero.- Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.”²⁰²

Esta formulación presupone que la estructura social consta de dos partes más o menos distintas, donde el primer principio se aplica a una y el segundo a la otra. Así, se distingue entre los aspectos del sistema social que definen y aseguran las libertades básicas iguales y los que especifican y establecen desigualdades económicas y sociales.

Así, las libertades básicas relacionadas con el primer principio son: la libertad política (el derecho a votar y ser votado), la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento, el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios.

El segundo principio se aplica a la distribución del ingreso y la riqueza, y a formar organizaciones que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad o cadenas de mando. Rawls aclara que si bien la distribución del ingreso y la riqueza no requieren ser iguales, deben ser ventajosas para todos y al mismo tiempo los puestos de autoridad y mando tienen que ser accesibles a todos.²⁰³

Ambos principios habrán de ser dispuestos en un orden serial dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Dicha ordenación obedece a que las violaciones a las libertades básicas no pueden justificarse mediante mayores ventajas sociales y económicas. Ambas libertades tienen un ámbito de aplicación dentro del cual pueden ser objeto de límites y compromisos cuando entren en conflicto con otras

²⁰² *Ibidem*, p. 67.

²⁰³ *Ibidem*, p. 68.

libertades básicas. Ninguna de estas libertades es absoluta, están proyectadas para formar un sistema que es igual para todos.

Rawls supone que los primeros bienes, que denomina primarios, y que se distribuirán en la sociedad son los derechos, las libertades, las oportunidades, el ingreso y la riqueza. Bienes como la salud, el vigor, la inteligencia, son bienes naturales, que si bien se encuentran influidos por la estructura básica, están bajo control directo de la estructura básica. Ahora bien, al ceder cada uno algunas de las libertades fundamentales los hombres deben ser compensados por medio de ganancias sociales y económicas, siempre y cuando se mejore la posición de cada uno.²⁰⁴

Por lo que hace a la interpretación del segundo principio las frases “ventajas para todos” e “igualmente asequibles a todos”, son ambiguas. De ahí que Rawls aclare las posibles interpretaciones.

La primera interpretación la denomina sistema de libertad natural. Así, la primera parte del segundo principio se entiende como el principio de la eficacia ajustado, de modo que se aplica a las instituciones, a la estructura básica de la sociedad; la segunda parte se entiende como un sistema social abierto en el cual las profesiones se abren a las capacidades.

El principio de eficiencia no es otra cosa que la optimalidad de Pareto. Dicho principio afirma que una configuración es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo que beneficie a algunas personas sin que al mismo tiempo dañe a otras. De tal suerte que la distribución de una provisión de mercancías entre ciertos individuos es eficiente si no existe la redistribución de estos bienes que mejore las circunstancias de al menos uno de estos individuos sin que otro resulte perjudicado. Una distribución de bienes es ineficiente cuando hay modos de mejorarlo para algunos individuos sin hacerlo peor para otros. Rawls supone

²⁰⁴ *Ibidem*, p.69-70.

que en la posición original se acepta este principio para juzgar la eficiencia de los arreglos económicos y sociales.²⁰⁵

El principio de eficiencia no selecciona por sí mismo una distribución específica de mercancías como la más eficiente, para escoger entre las distribuciones eficientes es necesario un principio de justicia.

En la justicia como imparcialidad, los principios de justicia privan por encima de la eficiencia, lo que se traduce en que las distribuciones justas serán preferidas a los puntos eficientes que representan distribuciones injustas. De este modo, un sistema de derechos y deberes en la estructura básica es eficiente si y sólo si es imposible cambiar las reglas y redefinir el esquema de derechos y deberes, de modo que se aumenten las expectativas de cualquiera de los hombres representativos, sin que al mismo tiempo reduzcan las expectativas de algún otro. En esto, no está permitido violar el principio de igual libertad o la exigencia de posiciones abiertas.

En el sistema de libertad inicial, indica Rawls, la distribución inicial está regulada por los arreglos implícitos en la concepción de los puestos asequibles a las capacidades. Esto supone un trasfondo de igual libertad y una economía de mercado libre. Intuitivamente la injusticia más obvia del sistema de justicia natural es que permite que las porciones distributivas se vean indebidamente influidas por estos factores que desde un punto de vista moral son arbitrarias.²⁰⁶ La interpretación liberal, como la denomina Rawls, trata de corregir esto añadiendo a la exigencia de los puestos abiertos a las capacidades, la condición adicional del principio de la justa igualdad de oportunidades.

Esta interpretación liberal de los dos principios trata de mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural sobre las posiciones distribuidas. Para dicho fin resulta esencial imponer nuevas condiciones estructurales al sistema social. Los arreglos de libre mercado deben tener lugar dentro de un

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 78.

marco de instituciones políticas y jurídicas que regulen las tendencias de los sucesos económicos y conserven las condiciones sociales necesarias para la justa igualdad de oportunidades.

En tanto que la concepción liberal parece preferible a la libertad natural, intuitivamente, para Rawls, parece aún defectuosa. En razón de que aún si funcionase a la perfección eliminando la influencia de las contingencias sociales, de todas formas permitiría que la distribución de la riqueza y del ingreso fuesen determinadas por la distribución natural de capacidades y talentos, las porciones distribuidas se deciden conforme al resultado de una lotería natural; y desde una perspectiva moral este resultado es arbitrario. No hay razón para permitir que la distribución del ingreso y la riqueza sean resueltas en función de las capacidades naturales, a que lo sea a favor de las contingencias sociales e históricas.

En conclusión la interpretación liberal y la aristocrática son inestables, por lo que se requiere una concepción democrática, la cual se obtiene mediante la combinación del principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia. Este principio suprime la indeterminación del principio de eficiencia al especificar una posición particular desde la cual habrán de juzgarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica. El que la diferencia entre ricos y pobres sea aún mayor viola tanto el principio de la mutua ventaja como la igualdad democrática.

La concepción democrática mantiene que aun cuando la justicia procesal puede invocarse, al menos hasta cierto grado, la manera en que las interpretaciones previas lo hacen deja todavía un margen excesivo a las contingencias naturales y sociales. El principio de diferencia es compatible con el de eficiencia, ya que cuando se satisface por completo el primero, es de hecho imposible mejorar a ninguna de las personas representativas sin empeorar a otra. Así, la justicia se define de tal modo que sea congruente con la eficiencia, al menos cuando los dos principios están plenamente satisfechos.

Una complicación del principio de diferencia sería que se ha creído que en el principio de satisfacción, todos salen beneficiados. Un sentido obvio resulta así en la posición en donde cada uno mejora respecto al acuerdo inicial de igualdad. Para la aplicación del principio de diferencia no es importante que los hombres estén en la posición original. Simplemente, se maximizan las expectativas de los menos favorecidos sujetándolos a las restricciones requeridas, en tanto esto produzca beneficios para todos.

Una amplia difusión de los beneficios resultará de dos características de las instituciones de la estructura básica: la primera, ha sido establecida para promover ciertos intereses fundamentales que todos tienen en común y, segundo, los cargos y las posiciones están abiertas. Así pues, parece que la autoridad y los poderes de los legisladores y los jueces promueven la situación de los menos favorecidos, mejoran la de los ciudadanos en general. La conexión en cadena puede darse a menudo, con tal que se satisfagan los otros principios de la justicia.

Sin embargo, Rawls encuentra otro problema, un tipo de enlace estricto cuyo objeto es simplificar la formulación del principio de diferencia. Sea cual sea la importancia en la práctica, los menos aventajados no deben verse afectados de ningún modo por algunos cambios en las expectativas de los mejor situados, aun cuando estos cambios beneficien a otros, indica Rawls, que en este caso, no se da un enlace estricto, pero para cubrir la situación, comenta que en una estructura básica con un número dado de representantes pertinentes, se maximiza primero el bienestar de las personas representativas de la peor situación; segundo, para igual bienestar de los peor situados, maximiza el de los que les anteceden, y así sucesivamente hasta llegar a los mejor colocados, cuyo bienestar se maximizará una vez que se haya maximizado el de los restantes, a esto Rawls lo llama el principio de diferencia lexicográfica.²⁰⁷

El segundo principio se deberá leer de la siguiente manera:

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 88.

“Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades.”²⁰⁸

La segunda parte del segundo principio lo denomina Rawls el principio liberal de la justa igualdad de oportunidades. Este principio expresa la convicción de que si algunas plazas no se abrieran sobre una base justa para todos, los que fueran excluidos tendrían derecho a sentirse tratados injustamente, aunque se beneficiasen de los esfuerzos mayores de aquellos a los que se permitiera ocuparlas. Estarían justificados en quejarse no sólo porque estarían excluidos de ciertas recompensas externas de los cargos, como riquezas y privilegios, sino también porque se verían privados de experimentar la autorrealización proveniente del ejercicio adecuado de los deberes sociales. En la justicia como imparcialidad, la sociedad es interpretada como una empresa cooperativa para beneficio mutuo.

La cuestión de las partes distributivas, advierte Rawls se trata de una cuestión puramente procesal, que puede ser perfecta, cuando existe un criterio independiente de lo que es una división justa, un criterio definido previa y separadamente del procedimiento que ha de seguirse, además, es posible encontrar un procedimiento que produzca seguramente el resultado deseado. Siendo lo esencial que existe una norma independiente para decidir el resultado que es justo, y un procedimiento que garantiza que se llegará a él. Por otro lado, la justicia procesal imperfecta se ejemplifica mediante el juicio penal. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto. Un juicio, en este tipo de justicia, aun cuando se obedezca cuidadosamente el derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado erróneo.

Lo característico de la justicia procesal imperfecta es que, si bien se tiene un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad.

²⁰⁸ *Idem.*

Por su parte, la justicia puramente procesal se da cuando no hay un criterio independiente para el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea cual fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento. Lo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado; ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo.

Para aplicar la noción de justicia puramente procesal a cuotas distributivas es necesario establecer y administrar imparcialmente un sistema justo de instituciones, que tenga como trasfondo una estructura básica justa, que incluya una constitución política justa y una justa configuración de las instituciones económicas y sociales. De acuerdo con Rawls, la ventaja de la justicia puramente procesal es que ya no es necesario seguir el rastro de la variedad infinita de circunstancias, ni de las posiciones relativamente cambiantes de las personas particulares.

Por lo que hace a la asignación de bienes primarios, estos comprenden los derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingresos y riquezas. La idea principal es que una persona esté determinada por lo que entiende por plan de vida más racional a largo plazo, en circunstancias razonablemente favorables. Una persona será feliz en la medida en que satisfaga este plan. Por lo tanto, el bien es la satisfacción de un deseo racional.

Por plan racional entiende Rawls un plan racional que no puede mejorarse, no existe otro plan que, tomando todo en cuenta, pudiera ser preferible. Esto conlleva la idea de un índice, que se reduce en gran parte a valorar los bienes primarios de los menos aventajados. En la teoría de la justicia como imparcialidad, los miembros de la sociedad son personas racionales capaces de ajustar sus concepciones del bien a su situación.

Las expectativas se definen como el índice de bienes primarios que un hombre representativo puede razonablemente esperar. Esta interpretación de las expectativas representa un acuerdo para comparar las situaciones de los hombres haciendo hincapié en las cosas que se supone todos preferirían más. Esto parece el camino adecuado para señalar una medida común que pueda ser aceptada por personas razonables, ya que no se podría dar este paso en un acuerdo sobre cómo estimar la felicidad.

En relación a las posiciones sociales pertinentes, Rawls identifica que se requieren identificar ciertas posiciones como más básicas que otras y como capaces de proporcionar un punto de vista apropiado para juzgar el sistema social. Es así que Rawls supone que toda persona posee dos posiciones pertinentes: la de igual ciudadanía y la definida por el lugar que ocupa en la distribución de ingresos y de riqueza. La igual ciudadanía se define por los derechos y libertades que exigen el principio de igual libertad y el principio de la justa igualdad de oportunidades. Siendo los representantes debidos los ciudadanos representativos y los representantes de aquellos grupos con expectativas diferentes respecto a los varios niveles de bienestar. Un grupo debe incluir a aquellas personas menos aventajadas. Sin embargo, existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, dado que estas no pueden ser modificadas, estas posiciones contarán como lugares iniciales en la estructura básica. Las distinciones se refieren a aquellas basadas en sexo, a la raza y la cultura.

Una vez que se han reconocido ciertos principios respecto de la situación de los representantes, sostiene Rawls, no existe manera de echarse hacia atrás. Las posiciones sociales correspondientes especifican, el punto de vista general desde el cual habrán de aplicarse los dos principios de justicia a la estructura básica. De este modo, se toman en cuenta los intereses de todos, ya que cada persona es un ciudadano igual y todos tienen un lugar en la distribución del ingreso y la riqueza o en las diversas características naturales fijas sobre las que se basan las distinciones.

Para Rawls una concepción igualitaria de la justicia, que observa el principio de diferencia da igual valor al principio de compensación, éste último, se refiere a que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación, es decir, las desigualdades de nacimiento o de dotes naturales entran en este aspecto. De tal suerte, que el principio sostendría que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables.

Aunque el principio de diferencia no sea igual al de compensación, alcanza algunos de los objetivos de este último, por lo siguiente:

“Transforma de tal modo los fines de la estructura básica que el esquema total de las instituciones no subraya ya la eficiencia social y los valores tecnocráticos. El principio de diferencia representa el acuerdo de considerar la distribución de talentos naturales como un acervo común... Los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancia por el mero hecho de estar más dotados, sino solamente para cubrir los costos de su entrenamiento y educación y para usar sus dotes de manera que también ayuden a los menos afortunados... La distribución natural no es ni justa, ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Éstos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto de estos hechos.”²⁰⁹

Ello obedece a que para Rawls el principio de diferencia es para el beneficio mutuo. Como consecuencia, resulta incorrecto que los individuos con mayores dotes naturales y carácter superior tengan derecho a un esquema cooperativo que les permite obtener aún mayores beneficios en forma que no contribuyan al beneficio de los demás.

Rawls aborda los principios aplicables a las personas, sostiene que tendrán que escoger otro tipo de principios, como por ejemplo para el derecho internacional y las reglas de prioridad, en caso de conflicto entre principios. Es así que primero se debe estar de acuerdo acerca de los principios para la estructura básica de la

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 104.

sociedad, después sobre los principios para los individuos, seguidos de los relativos al derecho internacional, por último, las reglas de prioridad.

Uno de los principios que aplican a los individuos es el de imparcialidad, el cual mantiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución sólo si se satisfacen dos condiciones: primera, que la institución sea justa, esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y segundo, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses.

El principio de imparcialidad tiene dos partes; la primera establece que las instituciones o prácticas deben ser justas, la segunda caracteriza los actos voluntarios requeridos. Conforme al principio de imparcialidad no es posible estar obligado por instituciones injustas o, en todo caso, por instituciones que excedan los límites de la injusticia tolerable.

Otro principio para las personas es el de los deberes naturales, Rawls entiende por éstos, el deber de ayudar a otro cuando lo necesite o está en peligro; el deber de no dañar o perjudicar a otro; el deber de no causar sufrimiento innecesario. El primero, el de ayuda mutua, es un deber positivo, en tanto que es el deber de hacer algo bueno por otro, mientras que los dos últimos son negativos. Lo característico de los deberes naturales es que se nos aplican con independencia de nuestros actos voluntarios, también, estos deberes se dan entre las personas con independencia de sus relaciones institucionales. Un deber natural básico es el deber de justicia. Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables. Nos constriñe a promover acuerdos justos aún no establecidos. Este deber de justicia es el más fundamental, la mayoría de las veces.²¹⁰

Una vez definidos los principios que establecen exigencias, ya no son necesarios nuevos reconocimientos para definir los permisos. Entendidos éstos últimos como

²¹⁰ *Ibidem*, p.115-117.

actos que tenemos libertad de hacer o no hacer, los que no violan ninguna obligación y que son significativos desde un punto de vista moral, explica su relación con los deberes y las obligaciones. En los permisos se ubican las acciones supererogatorias como la benevolencia y la piedad, de heroísmo y autosacrificio, que si bien pueden ser actos buenos, no son obligatorios.

Respecto de las concepciones de la justicia, Rawls señala que existen muchas interpretaciones de cómo se conciba a las partes contratantes, cuáles sean sus creencias e intereses, qué alternativas se les ofrezcan, etc. A fin de tratar esta cuestión, Rawls afirma que tendrá como dada una breve lista de las concepciones tradicionales de la justicia, por ejemplo, las del utilitarismo, y supone que ante la lista que las contenga y convengan sobre cuál es la mejor. Para llegar a dicha lista, analiza las circunstancias de la justicia, que pueden ser descritas como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Así, aunque la sociedad es una asociación de beneficio mutuo, también presenta un conflicto de intereses. Existe una identidad de intereses dado que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor que la que cada uno podría tener si tuviera que tratar de vivir únicamente gracias a sus propios esfuerzos. Existe un conflicto de intereses dado que los hombres no son indiferentes a la manera como habrán de distribuirse los mayores beneficios mediante su colaboración, ya que con objeto de promover sus propios fines cada uno preferiría una porción mayor que una menor. Ante ello, serán necesarios ciertos principios para escoger entre las diversas configuraciones sociales que determinan esta división de ventajas y suscribir un acuerdo acerca de las porciones distributivas correctas. Estas exigencias definen el papel de la justicia.²¹¹

Las condiciones subyacentes son las circunstancias de la justicia. Estas condiciones pueden dividirse en dos clases. La primera, las circunstancias objetivas que hacen posible y necesaria la cooperación humana. Así, muchos individuos coexisten juntos, simultáneamente, son vulnerables a la fuerza conjunta

²¹¹ *Ibidem*, p.126.

de los otros. Las circunstancias subjetivas son los aspectos pertinentes de los sujetos de la cooperación, esto es, de las personas que trabajan juntas. Como consecuencia de lo anterior, los individuos tienen no solo planes de vida distintos, sino una diversidad de creencias filosóficas, religiosas, políticas y sociales. A esta diversidad de condiciones las denomina Rawls las circunstancias de la justicia.²¹²

Sin embargo, surge la pregunta de si las personas en la posición original tienen deberes y obligaciones respecto de terceros, por ejemplo, con sus descendientes inmediatos, lo cual sería un modo de abordar la justicia entre generaciones.

Es así que existen algunas restricciones a las personas en la posición original, las alternativas que les son asequibles y el conocimiento de sus circunstancias. Se excluye el egoísmo, deben ser generales, universales en su aplicación, públicos, se debe imponer una ordenación de las demandas conflictivas y finalmente, la concepción de las circunstancias de la justicia debe ostentar carácter definitivo. Tomadas en conjunto estas condiciones de las concepciones de lo justo, se resume así: una concepción de lo justo es un conjunto de principios, generales y universales en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales. Los principios de justicia se identifican por el papel que desempeñan y por los sujetos a los que se aplican.

Rawls siempre ha mantenido la racionalidad de las partes, lo cual se refiere a que las personas tengan un conjunto coherente de preferencias entre las alternativas que se le ofrecen. Esta persona jerarquiza estas opciones con el grado con que promuevan sus propósitos; llevará a cabo el plan que satisfaga el mayor número de sus deseos, no el que satisfaga menos, y, al mismo tiempo, el que tenga más probabilidades de ejecutar con éxito.

La afirmación de que en la teoría de la justicia como imparcialidad las partes no estén movidas por la envidia, plantea algunas objeciones. Una asegura que esto es irreal, porque los hombres poseen estos sentimientos, como la envidia hace

²¹² *Ibidem*, p.127.

peores a los hombres, es una desventaja para la totalidad, por lo que, al elegir los principios, cada hombre puede pensar que tiene un plan de vida propio suficiente para sí, sin importarle los demás. Lo anterior es compatible con el supuesto de la racionalidad mutuamente desinteresada, porque afirma que las personas en la posición original tratan de reconocer principios que promuevan sus propios sistemas de fines. Lo que puede considerarse como la presencia de la envidia y el egoísmo en la teoría de Rawls.

Existe una objeción adicional para garantizar la estricta observancia de las reglas, porque se supone que las partes son capaces de tener un sentido de la justicia, lo que significa que las partes pueden confiar mutuamente en que entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido; no obstante se supone que las partes son racionales en la medida en que no suscriban acuerdos que no puedan cumplir o que puedan hacer a través de grandes dificultades.

Las partes llegan a los principios de justicia primero mediante el reconocimiento de una distribución igualitaria, a través del principio que exige iguales libertades para todos. Sin embargo, este no es absoluto, porque se permiten las diferencias de ingreso y riqueza, autoridad y responsabilidad, siempre que mejoren la situación de todos, incluyendo a los menos aventajados. Mediante un razonamiento de este tipo, pueden las partes llegar a los dos principios de justicia. Rawls supone que las partes se contemplan como personas libres que tienen objetivos e intereses fundamentales, en nombre de los cuales piensan que es legítimo que se hagan demandas mutuas en lo que respecta a la confirmación de la estructura básica de la sociedad.²¹³

Las partes no se ven a sí mismas como inevitablemente obligadas a perseguir algún conjunto determinado de intereses fundamentales que pudieran tener en un momento dado, se ven como seres que pueden revisar y alterar sus objetivos

²¹³ *Ibidem*, p-147-148.

finales y que da una primera prioridad a la conservación de sus libertades en estos asuntos.

La prioridad de la libertad significa que siempre que se puedan establecer efectivamente las libertades básicas, no se podrá cambiar una libertad menor o desigual por una mejora en el bienestar económico. Así pues al adoptar el orden serial de los principios, las partes suponen que las condiciones de su sociedad, cualquiera que sean, admiten la realización efectiva de las libertades iguales. Sin embargo, se podría sostener que se requiere una argumentación más sistemática, para ello, Rawls indica que el pensar en los dos principios de la justicia como la solución *maximin*, ayuda para escoger en condiciones de incertidumbre.²¹⁴

Dicha regla *maximin* o de maximización resulta atractiva en situaciones caracterizadas por ciertos rasgos especiales. Las situaciones que hacen plausible esta regla poseen tres rasgos, a saber: primero, tiene que haber alguna razón para no tomar en cuenta la estimación de estas probabilidades, la situación tiene que ser tal que resulte imposible el conocimiento de las alternativas posibles; segundo, la persona que escoge tiene una concepción del bien tal que le importa muy poco o nada lo que pueda ganar; tercera, las alternativas rechazadas tienen resultados que difícilmente pueden aceptarse.

Rawls revisa la naturaleza de la posición original teniendo en mente los tres rasgos anteriores. El velo de ignorancia excluye todo conocimiento acerca de las probabilidades. Diversas clases de argumentos a favor de los dos principios de justicia ilustran el segundo rasgo. Si se puede mantener que estos principios suponen una teoría elaborada de la justicia social y que son compatibles con demandas razonables de eficiencia, entonces esta concepción garantiza el mínimo satisfactorio. El tercer rasgo se concreta cuando suponemos que otras concepciones de la justicia pueden conducir a instituciones que las partes considerarían intolerables. Estas observaciones acerca de la regla *maximin* intentan clarificar la estructura del problema de la elección en la posición original.

²¹⁴ *Ibidem*, p.149.

Las discusiones en la posición original podrían conducir a escoger el principio de utilidad media, el cual exige que la sociedad maximice no el total sino la utilidad media. La primer dificultad en relación con el principio del promedio surge porque en la situación inicial no existen fundamentos objetivos para suponer que cada cual tiene la misma probabilidad que los demás para convertirse en alguien.

Parece entonces que el efecto del velo de la ignorancia es favorable a los dos principios. Así, se puede concluir que el principio de utilidad media no es correcto.

Los principales argumentos a favor de los principios de justicia son, en primer lugar, el compromiso, ya que el contrato original es definitivo, implica que se escogen de una vez y para siempre las pautas que habrá de gobernar sus perspectivas de vida. Otra ventaja es que los principios no sólo protegen las libertades básicas, sino que las aseguran contra las peores eventualidades. Cuando los dos principios quedan satisfechos, las libertades básicas de cada persona están aseguradas y existe un sentimiento definido mediante el principio de diferencia.

El principio de igualdad de la libertad es el primer paso para el congreso constituyente, cuyas exigencias consisten en que las libertades fundamentales de la persona y las libertades de consciencia y pensamiento estén protegidas y que el procedimiento político sea justo. El segundo principio interviene en la etapa legislativa, señala que las políticas sociales y económicas tengan el objetivo de maximizar las expectativas de largo plazo de los menos aventajados, en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades.

La segunda parte de la estructura básica contiene las distinciones y jerarquías de las formas políticas, económicas y sociales que son necesarias para una cooperación social mutuamente beneficiosa y eficaz. La última etapa es la de la aplicación de las reglas a casos particulares, hecha por jueces y administradores, y la obediencia de las reglas por los ciudadanos en general.

Rawls clarifica que la secuencia de etapas es un recurso para aplicar los principios de justicia. Es una parte de la teoría de la justicia como imparcialidad, y no una

explicación de cómo funcionan de hecho los congresos constituyentes y las legislaturas. Establece una serie de puntos de vista desde los que han de resolverse los diferentes problemas de justicia. Así, una constitución justa es aquella que sería adoptada para su sociedad por delegados racionales sometidos a las restricciones de la segunda etapa. Igualmente, las leyes y programas políticos serán justos cuando se promulguen en la etapa legislativa.²¹⁵

Cualquier libertad puede ser explicada con referencia a tres aspectos: los agentes que son libres, las restricciones o límites de los que están libres y aquellos que tiene libertad de hacer o no hacer. La descripción de la libertad, para Rawls tiene la siguiente forma: esta o aquella persona o personas está libre o no de esta o aquella restricción o su conjunto para hacer o no tal o cual cosa. Por lo que hace a la libertad básica, ésta se caracteriza por una estructura muy complicada de derechos y deberes.

Por lo anterior, no sólo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen el deber jurídico de no obstaculizar. Si bien las libertades iguales para todos se pueden restringir, dichos límites están sujetos a determinados criterios expresados por el significado de libertad igual y el orden lexicográfico de los dos principios de la justicia. A primera vista existen dos modos de violar el primer principio. La libertad es desigual, tanto cuando una clase de personas tiene mayor libertad que otra, como cuando la libertad es menos extensa de lo que debería ser. Una libertad básica puede ser limitada a favor de la libertad misma, esto es, sólo para asegurar que la misma libertad, y otra libertad básica diferente, sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera.

La concepción de la justicia formal, la administración regular e imparcial de normas públicas, se convierte en el imperio de la ley cuando se aplica a un sistema jurídico. Un ejemplo de acción injusta es la no aplicación por los jueces y los que ostentan la autoridad de la norma apropiada, o su errónea interpretación.

²¹⁵ *Ibidem*, p.192.

La administración de la ley regular, imparcial y justa, es la justicia como regularidad.

Un sistema jurídico es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco para la cooperación social. Así, el sistema jurídico aparece definido también por una gran variedad de actividades que regula la naturaleza fundamental de los intereses que ha de proteger.

Los preceptos de justicia asociados al imperio de la ley son aquellos que serían seguidos por cualquier sistema de normas que incorporasen perfectamente la idea de un sistema legal. Si las desviaciones de la justicia como regularidad son excesivas, puede seguir un grave problema acerca de si un sistema de leyes se opone a un conjunto de normas específicas creadas para hacer prevalecer los intereses de un dictador o el ideal de un déspota benévolo.

El precepto “deber” implica poder identificar varios rasgos de los sistemas jurídicos, en un primer término, las acciones que las normas legales exigen y prohíben han de ser de tal clase que puede esperarse razonablemente que los hombres las cumplan y eviten; en segundo término, la noción de que deber implica poder, supone la idea de que aquellos que promulgan leyes y dan órdenes lo hacen de buena fe. Los jueces, los legisladores y otros funcionarios públicos del sistema deben creer que las leyes deben ser obedecidas y han de creer también que cualesquiera órdenes dadas pueden ser cumplidas. Por lo anterior, no sólo deben actuar de buena fe las autoridades, sino que su buena fe debe ser reconocida por aquellos que están sujetos a sus decretos. Las leyes y órdenes se aceptan sólo si existe la creencia general de que pueden ser obedecidas y ejecutadas.

El imperio de la ley supone que los casos similares han de tratarse de modo similar. Los criterios semejantes vienen dados por las propias normas legales y por los principios utilizados para interpretarlas. No obstante, el precepto de que se den decisiones iguales en casos iguales limita en gran parte la discrecionalidad de

jueces y autoridades. En cualquier caso particular, si las normas son complejas y necesitan interpretación puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Con el tiempo, los argumentos razonados para justificar juicios discriminatorios se vuelven más difíciles. Este precepto se mantiene también en los casos de equidad, es decir, cuando se ha de hacer una excepción porque la norma establecida produce una injusticia imprevista. Pero con esta condición: como no hay una línea clara que separe estos casos excepcionales, llegamos a un punto, como ocurre en los casos de interpretación, donde casi cualquier diferencia crea un conflicto. En esos casos se aplica el principio de decisión autoritaria y basta el peso del precedente o del veredicto anunciado.

Así aplicar el precepto *nullum crimen sine lege* exige que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, que su significado sea claro, que las leyes sean generales, tanto en su declaración como en su disposición, y no sean usadas para dañar a individuos particulares, quienes pueden estar expresamente señalados, que las faltas más graves sean estrictamente interpretadas, y que las leyes penales no sean retroactivas en perjuicio de aquellos a quienes se apliquen. Finalmente, hay ciertos preceptos que definen la idea de la justicia natural, que son lineamientos para mantener la integridad del proceso judicial.

A pesar de las diferencias de estos procedimientos, el imperio de la ley exige alguna forma de proceso, es decir, un proceso razonablemente proyectado para conocer la verdad por medios acordes a los otros fines del sistema legal, como el de saber si ha tenido lugar una infracción y en qué circunstancias.

En el sistema de Rawls, la libertad debe ser una prioridad, ello significa dar prioridad al principio de libertad igual sobre el segundo principio de justicia. La libertad solamente puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma. Existen dos tipos de casos: las libertades básicas pueden ser menos extensas, aunque aún iguales, o pueden ser desiguales. Si la libertad es menos extensa, el ciudadano representativo lo considerará como un beneficio de su libertad en equilibrio, y si la libertad es desigual, la de aquellos que posean menor libertad ha de quedar mejor asegurada. Sin embargo, otra distinción que debe hacerse entre

las dos clases de circunstancias que justifican o excusan una restricción de la libertad. En primer lugar una restricción puede derivarse de las limitaciones y accidentes naturales de la vida humana o de contingencias históricas y sociales. El segundo tipo de caso, la injusticia ya existe, tanto en las disposiciones sociales como en la conducta de los individuos.

La fuerza de la justicia como imparcialidad se deriva de: a) la exigencia de que todas las desigualdades se justifiquen considerando la posición de los menos aventajados, y b) la prioridad de la libertad. Así, se puede reformular el principio de la justicia y conjuntarlo con la regla de prioridad adecuada. Las alteraciones y adiciones se aclaran por sí mismas, el principio se enuncia así:

“Primer principio

Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Regla de prioridad

Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico y por tanto la libertad sólo puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma. Hay dos casos:

- A. *Una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertad compartido por todos.*
- B. *Una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para aquellos ciudadanos con una libertad menor.”²¹⁶*

El principal problema de la justicia distributiva es la elección de un sistema social. En opinión de Rawls, un régimen liberal socialista puede tener respuesta a los dos principios de justicia. Sin embargo, la decisión de qué sistema, es mejor, depende de las circunstancias, instituciones y tradiciones históricas. Rawls formula una exposición final de los dos principios de justicia para las instituciones, señalando:

Concepción general

Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo-, han de ser distribuidos de un

²¹⁶ *Ibidem*, p. 235.

*modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.*²¹⁷

Una sociedad bien ordenada está regida por su concepción pública de justicia, lo que implica que sus miembros tienen un profundo deseo de actuar según lo requieren los principios de la justicia. Como una sociedad bien ordenada perdura en el tiempo, su concepción de la justicia será estable, es decir:

*“...cuando las instituciones son justas, los que toman parte en estas disposiciones adquieren el correspondiente sentido de la justicia y el deseo de cumplir su obligación manteniéndolas. Una concepción de la justicia es más estable que otra si el sentido de la justicia que tiende a generar es más fuerte y más capaz de vencer las inclinaciones destructivas, y si las instituciones que permite suscitan impulsos y tentaciones más débiles para actuar injustamente. La estabilidad de una concepción depende de un equilibrio de motivos: el sentido de la justicia que cultiva las tendencias a la injusticia. Para valorar la estabilidad de una concepción de la justicia (y la sociedad bien ordenada que define), debemos examinar la fuerza relativa de estas tendencias opuestas.”*²¹⁸

Añade Rawls que una interpretación moral es una estructura extremadamente compleja de principios, ideales y preceptos, e implica todos los elementos del pensamiento de la conducta y del sentimiento. En su desarrollo confluyen múltiples tipos de aprendizaje. La descripción del desarrollo moral se encuentra ligada a la concepción de la justicia. Lo importante es determinar cómo los hechos generales de la psicología moral afectan la elección de principios en la situación original.

Los argumentos de Rawls en materia de elección de principios, desigualdad, democracia, justicia, etc., muestran el gran problema de la comunicación entre sistemas de doctrinas razonables, tema que puede ilustrar en nuestra investigación el problema de hacer compatibles los sistemas legales internos de Inglaterra y México, con los sistemas del derecho internacional y de los derechos humanos. Además, acredita cierta subjetividad en la elección de criterios por parte de los jueces al decidir los casos, porque la única garantía de una “interpretación justa” es que acepten determinados principios y los sigan con regularidad.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 281.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 411.

4.2.- Amartya Sen, la crítica a John Rawls en su libro *La idea de la Justicia*

Sen intenta investigar comparaciones en realizaciones que se orientan al avance o al retroceso de la justicia. Las preguntas que intenta contestar son: ¿Cómo podría promoverse la justicia? en vez de preguntar ¿Cuáles serían las instituciones perfectamente justas? Dicho cambio, obedece a un doble efecto, en primer lugar, tomar la ruta comparativa en vez de la trascendental, y segundo, concentrarse en las realizaciones reales de las sociedades estudiadas más que en las instituciones y las reglas. Dicha perspectiva obedece a lo siguiente:

“¿Por qué necesitamos este doble cambio de rumbo? Empiezo por el trascendentalismo. Aquí veo dos problemas. Primero, puede no haber consenso razonado, incluso bajo estrictas condiciones de imparcialidad y escrutinio razonable (por ejemplo, como lo identifica Rawls en su “posición original”) sobre la naturaleza de la “sociedad justa”: ésta es la cuestión de la factibilidad de encontrar una solución trascendental de consenso. Segundo, un ejercicio de razón práctica que entraña una elección real exige un esquema para comparar la justicia de escoger entre las alternativas factibles y no una identificación de una situación perfecta posiblemente no disponible que podría no ser trascendida: tal es la cuestión de la redundancia de la búsqueda de una solución trascendental.”²¹⁹

El segundo efecto, se refiere a la necesidad de enfocar las realizaciones y conquistas reales, en vez de establecer las instituciones y reglas correctas. Ello obedece a la dicotomía entre una visión de la justicia centrada en esquemas y una concepción de la justicia centrada en realizaciones.

Sen crítica al trascendentalismo señalando la cuestión del acuerdo único, sostiene que este problema es suficientemente serio, por ejemplo, para la situación hipotética de Rawls, en la cual se presenta la elección unánime de los principios de la justicia, en donde los intereses creados por la gente son desconocidos por ellos mismos. Lo cual en opinión de Sen es un error, ya que Rawls concentra sus dos principios de la justicia, sin mostrar por qué otras alternativas no continuarían exigiendo atención en la atmósfera imparcial de su posición original. Ya que si un diagnóstico de esquemas sociales perfectamente justos es incurablemente

²¹⁹ Sen, Amartya, *La Idea de la Justicia*, 4ª., reimpr., trad. Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2013, p. 41.

problemático, la estrategia entera del institucionalismo trascendental resulta severamente dañada. Ello es así, ya que, por ejemplo, los dos principios de justicia de Rawls se encuentran disponibles en un mundo donde todas las posibilidades están abiertas. Sin embargo, añade Sen, lo que no se sabe es si la pluralidad de razones para la justicia permitiría que un único conjunto de principios de la justicia surgiera de la posición original. Aunque señala Sen, que Rawls reconoce que los ciudadanos discreparían sobre las concepciones políticas. Sin embargo, en opinión de Sen, no resulta claro cómo Rawls afrontaría las implicaciones de largo alcance de esta concesión. Por lo que en opinión de Sen no existe un esquema social perfectamente justo e identificable del cual pudiera surgir un acuerdo imparcial.²²⁰

Asimismo, el problema del enfoque trascendental no surge tan sólo de la pluralidad de principios rivales que anhelan convertirse en la evaluación de la justicia. Si una teoría de la justicia ha de guiar la elección razonada de políticas, estrategias o instituciones, entonces la identificación de esquemas sociales completamente justos no es necesaria ni suficiente²²¹. En cambio, lo que se requiere es un acuerdo basado en la razón pública, sobre la gradación de las alternativas realizables, en lo cual conecta con la teoría de la elección social.

La segunda parte del cambio de rumbo, es decir, una teoría que no se encierre en la elección de instituciones. Obedece a que la justicia basada en los logros está relacionada a las vidas que las personas pueden realmente vivir. La importancia de las vidas, experiencias y realizaciones humanas no puede ser suplantada por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes. Si las realizaciones sociales se evalúan desde las capacidades que la gente tiene, más que desde el punto de la utilidad o de la felicidad, se tiene lo siguiente:

²²⁰ *Ibidem*, p.42-44.

²²¹ Sen ilustra este punto con la elección que se haría entre un Picasso y un Dalí, ya si tratamos de escoger entre ambos, de nada sirve un diagnóstico (aún si tal diagnóstico trascendental fuera posible) según el cual la pintura ideal en el mundo es *La Mona Lisa*. La idea es interesante, pero no tiene relevancia para la decisión. En efecto, para escoger entre las dos opciones que encaramos no es necesario discutir acerca de cuál puede ser la mejor o la más perfecta pintura del mundo. Ni es suficiente ni útil saber que la Mona Lisa es la pintura más perfecta del mundo, cuando la decisión real ha de hacerse entre un Picasso y un Dalí. *Ibidem*, pag. 47.

Primero, las vidas humanas se observan de manera inclusiva, habida cuenta de las libertades sustantivas de que disfruta la gente, en lugar de ignorar todo lo que no sean los placeres o utilidades que a la postre tengan. Hay un segundo aspecto significativo de la libertad: nos hace responsables por lo que hacemos. La libertad de elegir nos da la oportunidad de decidir qué debemos hacer, pero con dicha oportunidad viene la responsabilidad por lo que hacemos, en la medida en que se trata de acciones elegidas.

Otro punto débil del institucionalismo trascendental sería la respuesta a la pregunta ¿qué reformas internacionales necesitamos para hacer el mundo un poco menos injusto? A lo cual responde Sen, que una perfecta justicia global a través de un conjunto impecablemente justo de instituciones, aun si tal cosa pudiera identificarse, demandaría un Estado soberano global. Sin embargo, el mismo es imposible ya que hablar de justicia global sin un gobierno mundial es un sinsentido, por lo que la propuesta de Sen consiste más bien en la eliminación de los casos de injusticia manifiesta.²²²

Para criticar a Rawls, Sen comienza por preguntar ¿qué es la equidad?, señala que esta idea puede asumir diversas formas, sin embargo, uno de sus elementos centrales es la exigencia de evitar prejuicios en nuestras evaluaciones y tener en cuenta los intereses y las preocupaciones de los otros, y en particular la necesidad de evitar el influjo de nuestros intereses creados, o de nuestras prioridades, excentricidad y demás. El ejercicio de la equidad, para Rawls se orienta a identificar los principios apropiados que determinan la elección de las instituciones justas requeridas para la estructura básica de una sociedad. La elección de los principios básicos de justicia es el primer acto en el despliegue de la justicia social. Sobre este último punto, Sen manifiesta su escepticismo por lo que hace a la elección única en la posición original, de un conjunto de principios para las instituciones justas que se requieren. En cambio, Sen sostiene una pluralidad de

²²² *Ibidem*, p.56-57.

principios imparciales puede reflejar el hecho de que la imparcialidad asume muchas formas diferentes y tiene muy distintas manifestaciones.²²³

Sin embargo, de acuerdo a Sen, en la justicia como equidad, Rawls acepta que pueden existir muchas consideraciones a las cuales se puede apelar en la posición original, y cada concepción alternativa de la justicia es favorecida por alguna consideración desfavorecida por otra. Parece que existen problemas insolubles para la consecución de un acuerdo unánime sobre un conjunto de principios de justicia en la posición original. Para Sen, en la conducta individual no está moldeada solamente por la concepción de la justicia en la posición original, ya que no hay manera de evitar problemas por los incentivos.²²⁴

De la concepción de Rawls, de que las personas actuarán de manera espontánea a lo acordado en la posición original, no se aprecia que vaya más allá de ese punto, así mismo, no resulta claro determinar qué desigualdades basadas en incentivos son aceptables, mientras se rechazan otras formas de desigualdad. Lo anterior, genera la siguiente crítica:

“...resulta difícil imaginar que la necesidad de incentivos sea soslayada con base en la expectativa de que la concepción de la justicia en la posición original hará que cada uno desempeñe de manera espontánea su plena función productiva sin la ayuda de incentivos.”²²⁵

Amartya Sen señala que existen problemas en la teoría de Rawls que pueden ser tratados sin ir en contra del enfoque básico. Uno de los problemas radica en la prioridad que se da a la libertad, en detrimento de otros como por ejemplo el hambre, la desnutrición, la falta de atención médica. Lo cual, en opinión de Sen, fue matizado por el propio Rawls en su libro sobre liberalismo político.²²⁶

Otra crítica de este mismo tipo, se encuentra en el principio de diferencia, Rawls evalúa las oportunidades que la gente tiene a través de los medios que posee, sin tener en cuenta las amplias variaciones que encaran al estar en condiciones de

²²³ *Ibidem*, p.85-86.

²²⁴ *Ibidem*, p.87.

²²⁵ *Ibidem*, p. 91.

²²⁶ *Ibidem*, p. 94.

convertir los bienes primarios en buena vida. La conversión de los bienes primarios en la capacidad de hacer cosas que una persona considere valiosas puede variar según las características innatas o adquiridas. Por lo que, entonces existe un argumento a favor de trasladar el énfasis de los bienes primarios a la evaluación efectiva de las libertades y las capacidades. Sin embargo, en opinión de Sen, el movimiento de los bienes primarios a las capacidades no sería un cambio de rumbo fundamental en el programa de Rawls.²²⁷

Otro tipo de problemas que identifica Sen, se refiere a aquellos que en su opinión no han sido aclarados; se refieren, en primer lugar, a que el ejercicio de la equidad a través del enfoque del contrato social se limita a identificar las instituciones justas, no así las sociedades justas. En opinión de Sen, lo que le ocurre a las personas no puede dejar de ser una preocupación central de una teoría de la justicia. Otro de estos problemas, sería el referente a qué tipo de contrato social aceptarían todos de forma unánime en la posición original.

Otro problema de este tipo, es la relevancia de las perspectivas globales, ya que en opinión de Sen, la figura de la posición original deja poco margen de maniobrar, si se habla de un contrato social global, toda vez que el mundo va más allá de las fronteras nacionales por dos razones: primera, lo que suceda en un país y la manera en que operen sus instituciones no deja de tener efectos en el mundo; segundo, cada país puede tener creencias parroquiales que claman por más escrutinio global porque puede ampliar las cuestiones consideradas en dicho escrutinio, y porque las presunciones fácticas que subyacen en los jurídicos éticos y políticos concretos pueden cuestionarse con ayuda de experiencias de otros países o sociedades.²²⁸ Además, podríamos agregar, por nuestra parte, el problema de las visiones locales que impactan significativamente en las perspectivas globales.

En opinión de Sen, para la identificación y búsqueda de las exigencias de la justicia, se requiere un enfoque desde la perspectiva de la teoría de la elección

²²⁷ *Ibidem*, p. 95.

²²⁸ *Ibidem*, p.100.

social. Señala Sen que dicha teoría,²²⁹ descansa en su preocupación por las evaluaciones comparativas, ya que otorga reconocimiento a una pluralidad de razones, que puede o no eliminar un resultado de imposibilidad, un callejón sin salida, pero la necesidad de tomar en cuenta la posibilidad de conflictos duraderos entre principios no eliminables puede ser muy importante para la teoría de la justicia.

Para Sen, una contribución de la teoría de elección social, en específico de Arrow con su teorema de la imposibilidad, es demostrar que principios generales sobre decisiones sociales plausibles pueden resultar muy problemáticos puesto que pueden reñir con otros principios generales también plausibles. Sobre el efecto que tendría esto en la teoría completa de la justicia produciría ordenamientos incompletos de justicia, ya que, en muchos casos lo incompleto puede ser “asertivo” y producir formulaciones como que X e Y no pueden ser ordenados según criterios de justicia. Lo cual contrasta con lo incompleto tentativamente aceptado, mientras espera o trabaja para ser completo, con base en más información o profundo examen, o con el uso de algunos criterios adicionales. La teoría de la justicia debe contemplar lo incompleto asertivo y lo incompleto tentativo.

Respecto de los derechos humanos, Sen indica que son pronunciamientos éticos vigorosos sobre lo que se debe hacer. Exigen el reconocimiento de imperativos e indican que algo tiene que hacerse para la realización de las libertades reconocidas que se han identificado a través de esos derechos. Esta visión implica dos cuestiones que tienen que ver con el contenido y la viabilidad. El contenido se refiere a la afirmación ética que se hace a través de la declaración de un derecho humano. Dicha afirmación trata sobre la importancia crítica de ciertas libertades

²²⁹ Keneth Arrow formuló el teorema de la imposibilidad, según el cual bajo ciertas condiciones moderadas de razonable sensibilidad a las decisiones sociales sobre lo que quieren los miembros de una sociedad no pueden ser simultáneamente satisfechas por cualquier procedimiento de elección social que pueda ser calificado como racional y democrático. *Ibidem*, p. 123. [ver también Arrow, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*, New York, John Wiley, 1951].

así como de la necesidad de aceptar algunas obligaciones sociales para promover o proteger dichas libertades.²³⁰

En tanto, la viabilidad se refiere a que existe una presunción implícita según la cual al hacer pronunciamientos sobre derechos humanos las afirmaciones éticas subyacentes sobrevivirán a un escrutinio abierto e informado. Los pronunciamientos éticos, con diverso contenido político, que pertenecen a una declaración de derechos humanos pueden proceder de personas o instituciones, dichos pronunciamientos también pueden ser presentados como comentarios individuales o sociales. De igual modo, pueden ser afirmados por grupos particulares de personas con el encargo de examinar estas cuestiones, como el grupo que radactó la Declaración Univesal de Derechos Humanos. Pero, señala Sen, lo que se articula o ratifica es una afirmación ética, no una proposición sobre lo que ya está garantizado. Dichas articulaciones públicas de los derechos humanos a menudo, son invitaciones a iniciar una legislación nueva, en lugar de apoyarse en lo que ya está legalmente constituido.²³¹

Respecto de los derechos humanos y su vinculación con la ética utilitaria, Sen indica lo siguiente:

“Las proclamas éticas de derechos humanos son comparables a los pronunciamientos en, digamos, ética utilitarista, aun cuando el contenido sustantivo de la articulación de los derechos humanos es enteramente diferente a la tesis utilitarista. Los utilitaristas quieren que las utilidades se consideren como las únicas cosas que importan en última instancia y exigen que las políticas estén basadas en la suma total de utilidades, en tanto que los abogados de los derechos humanos quieren el reconocimiento de la importancia de ciertas libertades y la aceptación de ciertas obligaciones sociales para salvaguardarlas. Pero incluso si difieren en lo que es exigido exactamente por la ética, su batalla se da en el mismo territorio general de las creencias y los pronunciamientos de carácter ético. Y éste es aquí el punto en cuestión al contestar la pregunta sobre qué son los derechos humanos.”²³²

²³⁰ *Ibidem*, p. 389-390.

²³¹ *Ibidem*, p. 390-391.

²³² *Ibidem*, p. 392.

La analogía entre articulaciones de los derechos humanos y los pronunciamientos utilitaristas como proposiciones éticas puede ayudar a afrontar parte de la confusión que conllevan las discusiones sobre derechos humanos. Para Sen, resulta fácil observar la similitud entre los dos enfoques como rutas alternativas hacia la ética social.

La visión de los utilitaristas, como Bentham, observa Sen, asumió que la comparación entre derechos humanos y el utilitarismo debía hacerse entre el estatuto respectivo de, en primer lugar, las declaraciones de derechos humanos, y, en segundo término, los derechos realmente objeto de la legislación. Por lo que, en dicho contraste Bentham encontró que las declaraciones carecían de la entidad jurídica que poseían los derechos reales. Para Sen, esa comparación no es válida, ya que depende de la retórica del uso privilegiado del término derecho que realiza Bentham.²³³

De conformidad con el criterio de Sen, la comparación apropiada consistiría entre una ética basada en la utilidad que da importancia ética fundamental a las utilidades, pero no a las libertades, y una ética basada en los derechos humanos, que da cabida a la importancia básica de los derechos como libertades y obligaciones correlativas. De igual modo, otro punto de comparación sería el hecho de que los utilitaristas insisten en que las utilidades de las personas relevantes han de ser tenidas en cuenta para decidir lo que se debe hacer, en tanto, para la perspectiva de los derechos humanos, los derechos y libertades deben ser lo que se debe tener en consideración para decidir.²³⁴

Al respecto, para Sen una comprensión ética de los derechos humanos es contraria a la idea de considerarlos como exigencias legales. Indicando que existe un enfoque diferente que tiene una orientación legal, pero evita la interpretación de Bentham. Se refiere a la visión de Hart de considerar que el derecho es una rama de la moralidad que le interesa determinar cuándo la libertad de una persona

²³³ *Ibidem*, p.395.

²³⁴ *Idem*.

puede ser limitada por otras y establecer así qué acciones pueden estar sujetas, de manera apropiada a reglas legales coercitivas.²³⁵

Basado en la definición de Hart, Sen afirma que la idea de derechos morales sirve en la práctica como base de una nueva legislación. Un ejemplo lo constituye el hecho de que muchas leyes reales han sido adoptadas por Estados individuales o asociaciones de Estados, para dotar de fuerza legal a los derechos humanos, caso de los sistemas regionales de defensa de los derechos humanos.²³⁶

También, indica Sen, que los derechos humanos pueden ser utilizados para cuestiones distintas a la producción legislativa, como sería el caso de las libertades. En opinión de Sen, para que una libertad forme parte de un derecho humano, debe ser lo suficientemente importante como para ser considerado como tal. Para lo cual, debe haber algunas condiciones de umbral de relevancia, que incluye la importancia de la libertad y la posibilidad de influir en su realización, para de este modo figurar dentro de los derechos humanos. Lo cual significa que, dentro de la necesidad de contar con un acuerdo social de derechos humanos, el derecho humano a incluir debe cumplir la condición del umbral de tener suficiente importancia social para ser incluida como parte de los derechos humanos tanto de una persona como su correlativo de obligaciones para que otros vean la forma de ayudar a la persona a realizar dicha libertad.

Sin embargo, a pesar de que se puede identificar una obligación universal, no significa que identifique de manera automática las acciones como si estuvieran libres de condicionamientos. Esto permite la existencia de variaciones considerables, conforme a la elección de prioridades y valores, así como de marcos de evaluación. En general, se puede hablar de la presencia de una gran variación y hasta de cierta ambigüedad para determinar los deberes. Aunque la presencia de ambigüedad no rechaza la coherencia y proporciona elasticidad y apertura en su comprensión.

²³⁵ *Idem.*

²³⁶ *Ibidem*, p. 396.

La precisión de los derechos legales contrasta con las ambigüedades en las afirmaciones éticas de los derechos humanos. Sin embargo, para Sen, este hecho no constituye una gran turbación para las reivindicaciones de los derechos humanos, ya que un marco de razonamiento normativo puede permitir variaciones que no encuentran fácil acomodo en los requerimientos legales específicos.²³⁷

Las reivindicaciones específicas que desde la perspectiva de Sen se deben incluir en los derechos humanos serían los derechos económicos y sociales. Éstos derechos hacen posible la inclusión de cuestiones éticas implícitas a las ideas generales sobre desarrollo global con las exigencias de democracia deliberativa.²³⁸

Por lo que hace al sentido de la justicia, Sen señala que el razonamiento público es una necesidad para aceptar la pluralidad de razones que pueden ser ajustadas en un ejercicio de evaluación. Puede darse el caso, que las razones compitan entre sí para tratar de persuadir para producir una evaluación correcta, en ocasiones, producirán juicios enfrentados, lo cual obliga a llegar a conclusiones creíbles extraíbles de todos los argumentos.

En ese sentido, si la resolución incompleta es objeto de la evaluación de un individuo, si ésta se lleva al nivel del razonamiento público, se da una necesidad de acomodo no sólo de las respectivas ordenaciones parciales de los individuos, sino del alcance de lo incompleto que puede existir en una ordenación parcial compartida por diferentes individuos que pueden razonablemente coincidir. Por lo que sostiene:

“Los criterios rivales producirán diferentes ordenaciones de alternativas, con algunos elementos compartidos y algunos elementos divergentes. La intersección –o los elementos compartidos de las ordenaciones- de las diversas ordenaciones generadas por las diferentes prioridades producirán una ordenación parcial que jerarquiza unas alternativas contra otras con gran claridad y consistencia interna, mientras fracasa por completo en clasificar otros pares de alternativas. La comunalidad de la ordenación parcial compartida puede ser entonces considerada como el resultado definitivo de

²³⁷ *Idem.*

²³⁸ *Idem.*

esa teoría amplia. Las conclusiones definitivas son útiles siempre y cuando surgen sin que haya ninguna necesidad de buscar algo como una garantía de que una elección “mejor” o “correcta” tenga que surgir invariablemente en cada caso en el cual estamos tentados a invocar la idea de la justicia.

La cuestión básica aquí, que es lo suficientemente simple cuando está desprovista de las formulaciones analíticas, es la necesidad de reconocer que una teoría completa de la justicia bien puede producir una ordenación incompleta de cursos alternativos de decisión, y que una ordenación parcial compartida hablará sin ambigüedades en algunos casos y guardará silencio en otros.”²³⁹

5.0.- Comparación entre las Teorías Convencionalista y Utilitarista.

Además, de los argumentos vertidos en los apartados correspondientes, en términos generales, se puede sostener que de las posturas sustentadas por los teóricos que se agrupan en el convencionalismo, o sea, Rousseau, Locke, Kant y John Rawls, se advierten ciertas ideas comunes tales como: el hecho de que el orden social es un derecho de origen convencional; que dentro de ese orden social cada uno de los miembros acepta la voluntad general donde cada miembro es indivisible con el todo; además, se sustituye el instinto por la idea de justicia; también, existe una justicia basada en la razón; además, lo justo se identifica con lo jurídico, al destacar que el sistema legal se guía por los principios de libertad e igualdad.

De un modo particular, Kant lanza una severa crítica en contra del utilitarismo, indicando que el tener como fin la felicidad, implica que no se puedan realizar compromisos respecto a principios universales, ya que la felicidad es una idea variable e imprecisa, por lo que no existe una acción universal que promueva la felicidad. Como los principios de la felicidad son arbitrarios y contingentes, la moralidad, opuesta al principio de felicidad, es la única que trae aparejada la idea de la dignidad humana. Ello obedece a que no es lo mismo hacer a un hombre feliz que hacerlo virtuoso. Así mismo, Kant propone la idea de la Federación de Estados, lo que es compatible con el papel –limitado—que realiza la Organización

²³⁹ *Ibidem*, p. 431.

de las Naciones Unidas en la actualidad; finalmente, señala que el hombre es racional no instintivo.

No obstante, la crítica de Kant que realiza Hegel, pone en evidencia que el Estado no nace de un convenio; además, cuestiona la filosofía del deber por el deber, como califica a la filosofía kantiana, porque en su opinión, es vacía; en lo que se refiere a la máxima de la voluntad puesta como principio universal, Hegel destaca que sería buena si se contara con un principio determinado sobre lo que se debe hacer; por último, afirma que la comunidad de naciones es inviable al igual que la paz perpetua.

En tanto, los puntos comunes a los utilitaristas, identificados con Adam Smith, David Hume y John Stuart Mill, serían que encuentran en la felicidad el fundamento del orden social; la felicidad debe llegar al mayor número de integrantes de la sociedad, por lo que resulta lícito sacrificar a ciertos miembros de la sociedad para que la misma subsista; se requiere que el agente se comporte como un espectador imparcial, benevolente y desinteresado; sostienen que si el término utilidad no proporciona certeza, el de justicia tampoco; por lo que debe privar el sentimiento por encima de la razón; la utilidad pública es el origen de la justicia; no creen en el principio de igualdad, ya que el esmero de cada hombre y sus virtudes lo hacen sobresalir, de otro modo, una perfecta igualdad destruye el progreso; para ellos resulta válido sacrificar el interés individual para salvaguardar el interés general.

Los puntos de contacto entre utilitaristas y convencionalistas son:

- 1.- El principio “Quien quiere el fin quiere los medios”²⁴⁰.
- 2.- Las reglas de la justicia que aplican a los individuos son similares a las que se aplican a las sociedades, cuestión que desde Aristóteles no se había puesto en duda, salvo en el caso de John Rawls, cuando distingue entre instituciones y la acción particular de los individuos.

²⁴⁰ Atribuido a Rousseau en, Rousseau, Juan Jacobo, El Contrato social, Madrid, Espasa , 2003, p. 66; y Rousseau, Juan Jacobo, Discurso sobre la economía política, Madrid, Tecnos, 2001, p. 35.

3.- Por lo que hace al tratamiento de casos semejantes, los utilitaristas y la postura de John Rawls coinciden, ya que ambos sostienen que no es garantía de justicia, porque no existe un resultado correcto, debido a la imposibilidad de elaborar normas jurídicas que conduzcan a dicho resultado; sin embargo, en cuanto a la solución, Hume la encuentra en la utilidad pública y en no basarse en los precedentes y en las analogías ya que son artificiales y no reales. En tanto, Rawls sostiene que se debe resolver conforme a los precedentes con base en el principio de decisión autoritaria.

Como puntos especiales, merece una mención especial la postura de Amartya Sen, en su aplicación de la teoría de la elección social en la idea de justicia, y lo referente a las restricciones a la libertad de John Rawls.

Para Sen los criterios rivales producirán diferentes ordenaciones con elementos compartidos y elementos divergentes. La intersección o elementos compartidos producirán una ordenación parcial que jerarquiza unas alternativas con claridad y consistencia interna, en tanto fracasa en clasificar otros pares de alternativas. Dicha ordenación parcial puede ser considerada como el resultado definitivo y lo serán en tanto no surja la necesidad de corregirla.

De lo anterior, se observan puntos encontrados y puntos de contacto en las corrientes utilitarista y convencionalista y que pueden ser aplicados a los principios de interpretación del juzgador. Sin embargo, dicho esquema es incompleto, sino se toman en cuenta los principios resueltos en la práctica por los tribunales, así como en el caso “Rosendo Radilla”, conforme a lo sustentado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para comprobar si existe un intérprete único y que postura debe tomar el intérprete en los casos que resuelve.

5.1.- El carácter de las Opiniones Consultivas y su vínculo con la comparación del plano teórico

Se puede elaborar un hilo conductor sobre los principios interpretativos que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para complementarlos con los puntos vistos en las ideas de los teóricos, a fin de reducir las reglas

hermenéuticas a su mínima expresión. Para lo anterior partiremos de las reglas de interpretación de casos generales, para después observar su congruencia y, si es posible, reducirlas a reglas más simples de interpretación.

Se observa en primer lugar la interpretación que realiza la Corte Interamericana dentro del rubro de las opiniones consultivas, en los términos siguientes:

1.- Las opiniones consultivas, a pesar de no tener el mismo carácter vinculante que una sentencia, poseen efectos jurídicos innegables, como se desprende de la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997 “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos);

2.- El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema, lo que se resolvió en la Opinión Consultiva conocida como *Resolución del Presidente* de 15 de julio de 1981, casos de la muerte en prisión de Viviana Gallardo y de las lesiones inferidas a Alejandra María Bonilla Leiva y Magaly Salazar Nassar.

3.- La conformidad de las leyes internas con la Convención en el sentido de “ser razonables”, abarca los principios del sentido común y los parámetros de interpretación de los tratados, que incluye la Convención Americana y, en segundo lugar, que sean “convenientes”. Lo anterior de conformidad con la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, en relación con ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

4.- Las exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas, de acuerdo a la Opinión Consultiva OC-5/85 del

13 de noviembre de 1985, denominada la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

5.- Es útil comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales, como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos de los derechos humanos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana u otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana, en términos de la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, denominada la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

6.- La dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, porque ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos.

A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. Así se estableció en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, denominada la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

7.- La Corte está facultada para interpretar en casos contenciosos y consultivos, tanto la Convención como otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Lo anterior de acuerdo con la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

8.- La protección efectiva de los derechos humanos constituye el objeto y fin de la Convención Americana, por lo que al interpretarla la Corte deberá hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*). Como se menciona en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos denominada “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”.

9.- La interpretación de la Corte respecto de la Convención Americana y de cualesquiera otro tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos orienta a todos los Estados Miembros de la OEA, así como a los órganos principales del sistema interamericano sobre cuestiones jurídicas relevantes. Así se resolvió en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”.

10.- Debe existir una interpretación evolutiva, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actual. Lo anterior se desprende de la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”.

11.- La Corte determinó que todo lo que se señale en una opinión consultiva sobre condición jurídica y derechos de los migrantes se aplicaría a los

Estados Miembros de la OEA que han firmado, indistintamente, la Carta de la OEA, o suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, entre otros, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos, como se prescribe en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

12.- Si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno, de lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente, así se afirmó en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

13.- Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, lo que se destacó en la Opinión Consultiva OC-2/82 de septiembre de 1982. “El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)”.

14.- En el ejercicio de su competencia consultiva, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre estos instrumentos. Pero, en cambio, si se trata de su

jurisdicción contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera como se menciona en la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

15.- El principio de legalidad tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación, como se determinó en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

16.- La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere además, que esas leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Lo anterior se desprende de la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17.- El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la reacción de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad. Así se estableció en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

18. Las expresiones “Bien común” y “orden público” en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene

una concepción propia según la cual los Estados americanos “requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2), como se prescribe en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

19. La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender situaciones de emergencia pública y preservar los valores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte subraya que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentarse contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia de ciertos derechos esenciales de la persona. Esta postura deriva de la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

20. Ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido, a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso. Por consiguiente, la Convención establece que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia, como se estableció en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

21. Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella, así se definió en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

22. El artículo 27.2 dispone, como se ha dicho, límites al poder del Estado parte para suspender derechos y libertades, al establecer que hay algunos cuya suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia y al incluir “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Algunos de estos derechos se refieren a la integridad de la persona, como son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6) y el principio de legalidad y

de no retroactividad (art. 9). Está, además, prohibida la suspensión de la libertad de conciencia y de religión (art. 12); de la protección a la familia (art. 17); del derecho al nombre (art. 18); de los derechos del niño (art. 19); del derecho a la nacionalidad (art. 20) y de los derechos políticos (art. 23), como se advierte en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

23. El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Así se determinó en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

24. Como hemos asentado, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan “las garantías judiciales indispensables para su protección”. El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos, así lo prescribe la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

25. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para

asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona, que necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender, criterio que se destaca en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

26. También se destacó la existencia de ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia, como se advierte de la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada a la Naturalización.

27. En ciertas distinciones no existe discriminación, sobre todo si la diferencia de trato está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de trato del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Lo anterior se advierte en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada a la Naturalización.

28. Además, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que

adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso, como se plasmó en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada a la Naturalización.

29. Un caso de distinción no discriminatoria es fijar requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia, para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar, como se establece en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada a la Naturalización.

30. La Corte tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser “intérprete última de la Convención Americana”, como se destacó en la Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009. Solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión consultiva es de enorme trascendencia para nuestra investigación, por lo que la retomaremos más adelante.

31. En concordancia con lo anterior, la Corte debe procurar que la interpretación que realice de las disposiciones de la Convención Americana sea efectivamente compatible con la letra y espíritu de la misma, por lo que,

cuando existen fundamentos para ello, la revisión de una interpretación elaborada previamente no sólo debe ser posible sino necesaria, como se prescribe en la Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

32. Además, el Tribunal considera que no puede sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo el ordenamiento jurídico. Con ello, la interpretación reiterada del artículo 55.3 de la Convención, aún si constituyera una norma consuetudinaria de derecho internacional, no podría tener efectos obligatorios sobre una norma imperativa de derecho. Así se determinó en la Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009. Solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

33. En este sentido, la Corte reconoce, por una parte, que en el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales debido a las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. Por otro lado, tal como lo ha señalado en su jurisprudencia reiterada, la Corte puede analizar, mediante su competencia contenciosa, la compatibilidad de legislación interna con la Convención Americana, como lo estableció en la Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009. Solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

34. En materia probatoria, la Corte tiene amplias facultades para recibir toda prueba documental, testimonial y pericial, e información que estime pertinente, para contar con suficientes elementos que le permitan analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables, propiciando resoluciones que demuestren comprensión de los sistemas jurídicos nacionales y ordenamientos legales, así como de los conceptos, instituciones y prácticas involucradas en el caso a fin de favorecer su análisis, y la aplicación de la Convención Americana. Lo anterior deriva de la Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009. Solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

35. Como parte del problema de la comunicación entre sistemas jurídicos, en la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos, como se plasmó en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 “Otros Tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre derechos Humanos).

36. También, en la fase preparatoria quedó evidenciada la oposición de la mayoría de las partes a considerar una distinción radical entre universalismo y regionalismo, como se destaca en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 “Otros Tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre derechos Humanos).

37. De modo, pues, que también los trabajos preparatorios revelan la tendencia a integrar el sistema regional con el universal, que ya se había advertido en la Convención misma, lo que se puede advertir en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 “Otros Tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre derechos Humanos).

38. También se ha señalado que el ejercicio hasta esos límites de la competencia consultiva de la Corte, podría conducir a interpretaciones

contradictorias entre ese tribunal y otros órganos ajenos al sistema interamericano, pero que también podrían estar llamados a aplicar e interpretar tratados concluidos fuera del ámbito de éste. En realidad, es este un típico argumento que no aporta nada y que no tiene la trascendencia que puede imaginarse.

No aporta nada, porque la posibilidad de interpretaciones contradictorias está siempre latente. En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtud de eliminar posibles contradicciones. También nuestra porque este argumento carece de la trascendencia. Lo anterior se destaca en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 "Otros Tratados". Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre derechos Humanos).

39. Además, si se plantea concretamente dicha contradicción, no se estaría frente a un hecho de mayor gravedad. No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo.

En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico, como se puede destacar en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 “Otros Tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre derechos Humanos).

40. La Corte reconoce que el interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una opinión consultiva. Por ejemplo, una opinión consultiva puede debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia actual o futura. No obstante, los intereses legítimos de un Estado en el resultado de una opinión consultiva están adecuadamente protegidos por la oportunidad que se le da en el Reglamento de participar en estos procedimientos y de hacerle saber a la Corte sus puntos de vista sobre las normas legales que van a ser interpretadas, así como cualquier objeción de pudiere tener (artículo 52 del Reglamento). Como se menciona en la Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

41. Además, la Corte es el órgano del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos encargado de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, según lo dispone el artículo 62 de la misma, y su jurisprudencia tiene el valor de fuente del Derecho Internacional. Si bien la jurisprudencia citada en los párrafos anteriores se refiere a pronunciamientos de la Corte emitidos en opiniones consultivas, así como respecto de casos y medidas provisionales específicos, dichas decisiones expresan la interpretación y aplicación que el Tribunal ha dado a la normativa convencional que tienen relación con los asuntos planteados en la solicitud de opinión, lo cual también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas. Los máximos tribunales de diversos Estados que han reconocido la competencia de la

Corte han tomado la jurisprudencia de ésta, emitida respecto de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su conocimiento, así se destaca en la Resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005.

Como se advierte de los principios de interpretación listados y relacionados con las opiniones consultivas, éstas constituyen una guía para los Estados miembros en su actuación y un parámetro para la Corte al decidir los asuntos sometidos a su conocimiento. Lo anterior contradice el criterio que señala que no poseen “carácter vinculante”, toda vez que la propia Corte señaló que los intereses de los Estados podían ser afectados de una manera u otra por una interpretación dada en una opinión consultiva.

Lo anterior, arroja luz importante sobre la posible naturaleza de la jurisprudencia pronunciada en el sistema interamericano de derechos humanos, a la cual se podrá llegar una vez que se analice en el siguiente capítulo los principios que guían la interpretación en la jurisprudencia interamericana, aunque de manera provisional podemos destacar su naturaleza vinculante, por los argumentos vertidos en los numerales 30 a 33 y 41 de las observaciones consultivas analizadas.

Es aquí donde se observa que las posturas filosóficas se encuentran plasmadas en las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana, con lo cual queda asentada la tensión que implica plasmar posturas divergentes en las mismas. Elementos propios del utilitarismo como la felicidad y el bien común, por un lado, y del convencionalismo como afirmar el respeto de la persona sobre el bien común, la primacía de la racionalidad por encima del sentimiento, la oposición de la igualdad por parte de los utilitaristas y su defensa por parte de los contactuaslitas, el carácter absoluto de los derechos y su posible derogación en beneficio de la comunidad, encuentran su expresión y desarrollo, conviviendo, en una tensión constante, en estas opiniones.

De este modo, se puede sostener la existencia de una especie de dualismo entre bien común, que permite sacrificar el derecho de algunos para obtener el mayor beneficio, y la defensa de los derechos en lo individual. Lo cual representa un conflicto en principio dependiente de cada circunstancia. En el sistema interamericano depende en última instancia de ceñirse a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

Asimismo, si bien el dualismo antes referido se traduce en principios contradictorios, como ya se señaló, por ejemplo, entre situaciones de emergencia, en las cuales es preferible sacrificar a una persona que a muchas, proveniente del utilitarista, contra los derechos de carácter absoluto, es decir, no sacrificar a nadie a pesar del bien común, de corte convencionalista; se observa que en situaciones de emergencia existen derechos absolutos inderogables, sin embargo, en situaciones de normalidad, como en la Opinión Consultiva sobre reforma a la Constitución de Costa Rica, el principio de igualdad y no discriminación admite las distinciones ahí señaladas.

La cuestión del principio *pro persona*, que si bien es guía en la interpretación, admite límites, como los señalados por la Corte Interamericana como sería que no se afecte el equilibrio del sistema y el hecho de que el Estado posee un cierto margen de apreciación. Por lo que en la interpretación final, se debe ponderar cuando es aplicable dicho margen y si no se afecta el equilibrio del sistema para poder efectuar una interpretación *pro persona*.

Estas cuestiones entre utilitarismo y convencionalismo parecen deben estar presentes de forma permanente en la interpretación, se deben tomar en cuenta ambos argumentos y determinar a través de la comparación entre la oposición de los mismos, la interpretación final.

Además, en lo referente a quién es el intérprete final de la Convención, la Corte sostuvo que ella era la intérprete final de la Convención, sin embargo, dicho principio convive con otros principios: el primero es el de la iuscomparación,

cuando la Corte sostuvo que resultaba útil comparar la Convención Americana con otros instrumentos internacionales para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero sólo en lo que favorezca a la persona; un segundo principio es el integracionista, que parte de la tendencia a integrar el sistema regional en el sistema universal de protección de derechos humanos y, un tercer principio podría ser el de contradicción hermenéutica, porque la Corte reconoció que puedan convivir interpretaciones contradictorias en todo sistema, ya que diferentes tribunales pueden interpretar el mismo ordenamiento de modo distinto.

En este punto se puede realizar otra reducción práctica de las reglas antes referidas, toda opinión consultiva de la Corte es una guía de actuación para los Estados. No obstante está pendiente comprobar si ocurre lo mismo en el caso contencioso, lo que se hará en el siguiente capítulo, lo que nos llevará a determinar su naturaleza jurídica.

Las cuestiones duales en las que se enfrentan principios utilitaristas contra convencionalistas, se resuelven en el caso concreto, tomando en cuenta ambas posibilidades, sin embargo, parece que el principio de utilidad podría inclinar la balanza, ya que los derechos absolutos admiten distinciones como en el caso de la discriminación.

Si se vinculan el principio de “quien quiere el fin quiere los medios” con el del “efecto útil”, se observa que los jueces nacionales están facultados para aplicar tanto el *soft law* como *hard law*, derivado de las diversas fuentes del derecho internacional o interno, para llegar a una conclusión parecida a la alcanzada por la Corte Interamericana, en casos como el de Rosendo Radilla, o a una diversa.

Por lo anterior, en nuestra opinión no existe un intérprete último de la Convención, atendiendo a los principios de buena fe²⁴¹, de los actos propios²⁴², *contractus lex*

²⁴¹ Determina el ejercicio de los derechos conforme a unas exigencias morales y sociales, en particular la honradez.

²⁴² Que prescribe que nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro.

*inter partes*²⁴³, *rebus sic stantibus*²⁴⁴, y el contenido del propio artículo 62 de la Convención. Lo anterior se refuerza con el hecho de que los efectos jurídicos de las opiniones consultivas son indicativos, o sea, constituyen una guía para los Estados parte de la Convención. Así, nada impide que los jueces nacionales pueden llegar a conclusiones diferentes. Sólo faltaría comprobar si esto aplica también a la jurisprudencia del sistema interamericano y cómo afecta al control de convencionalidad, cuestión que se abordará en el capítulo siguiente.

²⁴³ El tratado es la ley entre las partes, por lo que la autorización derivada del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no la autoriza a transformarse en “interprete último” de la misma. Así, en una interpretación literal la Corte sólo es “interprete”, lo que no limita el derecho de los Estado parte de “interpretar”, a su vez, el acto jurídico en el que participan.

²⁴⁴ “Mientras continúen así las cosas”, lo que significa que los Estados se obligan mientras no cambien las circunstancias de la Convención, lo que sucede cuando la Corte se erige en “interprete último”.

Capítulo III.- La naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su carácter vinculante en el ámbito estatal doméstico

1.0.- Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

Previo al análisis del caso Radilla cabe acotar la cuestión de las fuentes, ya que con la reforma constitucional, de 10 de junio de 2011, el artículo primero señala que en el territorio mexicano, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, se añadió que las normas sobre derechos humanos serían interpretadas conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Al efecto, cabe recordar cómo se llevó a cabo la redacción del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* y aquella del artículo 133 de la Constitución mexicana.

Con relación al artículo 133 constitucional, debe recordarse que tuvo como base la Constitución de los Estados Unidos de América, en el artículo sexto, inciso dos, el cual indica lo siguiente:

“2.- Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”²⁴⁵

Por su parte, en nuestro país, la cuestión de las fuentes del derecho, tanto nacionales como internacionales, comenzó a establecerse, teniendo como inspiración el artículo sexto antes referido, que se reflejaría en el artículo 126 de la Constitución Política Mexicana emitida por el Congreso General Constituyente de 5 de febrero de 1857 que disponía lo siguiente:

²⁴⁵ Márquez, Sergio, *Evolución Constitucional Mexicana*, México, Porrúa, 2002, p. 15-16.

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”²⁴⁶

Posteriormente, en la 62ª sesión ordinaria, celebrada el 25 de enero de 1917, fue aprobado por unanimidad de 154 votos el texto del artículo 132 que originalmente establecía:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella, todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.”²⁴⁷

Sin embargo, con la reforma de 1934 se sustituiría al Congreso por el Senado para la aprobación de los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo federal, de acuerdo a lo siguiente:

“En estos términos permaneció el artículo hasta el año de 1934 en que se publicó el Decreto de reformas constitucionales por el que se incorporaron dos precisiones al texto del artículo y se sustituyó al Congreso por el Senado, asignándole a éste Órgano legislativo la delicada función de aprobar los tratados internacionales.

Al reformarse en 1934 el artículo 133 de la Constitución encomendándole al Senado la aprobación de los compromisos internacionales asumidos por el presidente de la República y especificar expresamente, sin lugar a dudas, que los tratados internacionales deben estar de acuerdo con la Constitución, se generó una importante limitación en la facultad de asumir compromisos internacionales que la Constitución mexicana reserva para el presidente de la República.”²⁴⁸

Lo anterior, conllevaba que en el sistema jurídico mexicano, de acuerdo a una interpretación del Poder Judicial no se aplicara el control difuso, de acuerdo a los criterios siguientes: *Control Judicial de la Constitución. Es Atribución Exclusiva del*

²⁴⁶ Patiño Manffer, Ruperto, *Comentario al Artículo 133*, en H. Cámara de Diputados LV Legislatura, artículos 123-136, *Derecho del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4ª ed., México, Porrúa, 1994, t. XIII, p. 1175-1182.

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Idem.*

Poder Judicial de la Federación y Control Difuso de la Constitucionalidad de Normas Generales. No lo Autoriza el Artículo 133 de la Constitución.

1.1.- Génesis del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Por lo que hace al artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, su contenido procede del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional*. El Estatuto de esta última fue resultado del encargo que recibió el Comité Consultivo de Juristas, en 1920, por parte del Consejo de la Sociedad de las Naciones para que preparase un texto que serviría para ser presentado a los miembros de la Sociedad.

Con relación al origen del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Vanda Lamm señala lo siguiente:

*“La Comisión de la Liga de las Naciones empezó su trabajo el 3 de febrero de 1919 y tenía ante sí tres proyectos –uno americano, otro francés y uno italiano- relativo a la futura organización. La Comisión decidió tomar el denominado proyecto Hurst-Miller, presentado por el presidente Wilson de los Estados Unidos de América como base para sus deliberaciones. El artículo 12 de ese proyecto señalaba que el Consejo Ejecutivo de la futura organización formularía planes para el establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional. Con el proyecto Hurst-Miller, la Corte sería competente para conocer y determinar cualquier cuestión que las partes reconocieran como sujeto de jurisdicción para su arbitraje. De acuerdo con la propuesta antes mencionada, un comité redactor elaboraría los artículos de la Convención de la Liga de las Naciones referente a la futura Corte Internacional y presentada a la Conferencia Preliminar de Paz. Durante las consultas sobre el proyecto de la Comisión, varias enmiendas se propusieron hasta el final, el 28 de abril de 1919, la Conferencia Preliminar de Paz adoptó el texto que formaría el artículo 13 y 14 de la Convención de la Liga de las Naciones.”*²⁴⁹

El Comité consultivo sostuvo sus reuniones del 16 de junio al 24 de julio de 1920, y pudo presentar su reporte junto con el proyecto de Estatuto de la Corte al Consejo en su octava sesión del 30 de julio al 5 de agosto de 1920²⁵⁰.

²⁴⁹ Lamm, Vanda, *Compulsory Jurisdiction in International Law*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2014, p. 12-15.

²⁵⁰ Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2006, p. 6.

Las discusiones, de acuerdo a Godefridus J.H. van Hoof, se enfocaron en lo siguiente:

“El Comité parece haberse preocupado principalmente de dos puntos de algún modo contradictorios. Por un lado, los miembros del Comité buscaban prevenir un non-liquet por parte de la Corte, mientras que por otro lado, negaban cualquier facultad legislativa a la Corte, señalando el carácter consensual del derecho internacional.”²⁵¹

En la décimo tercer sesión del Comité de primero de julio de 1920, el presidente del Comité, el Barón Deschamps llamó la atención de los otros integrantes respecto de las reglas que debía aplicar la Corte. Ya que había preparado un proyecto, mismo que se desprende del proceso verbal del Comité²⁵², en los cuales se señalaba lo siguiente:

Las siguientes reglas serán aplicadas por el juez en la solución de las disputas internacionales; serán consideradas en el orden abajo mencionado:

- 1.- El derecho internacional convencional, sea general o especial, refiriéndose a reglas expresamente adoptadas por los Estados;
- 2.- La costumbre internacional aplicada entre naciones y aceptada por ellas como derecho;
- 3.- Las reglas de derecho internacional reconocidas por la conciencia legal de las naciones civilizadas;
- 4.- La jurisprudencia internacional como un medio para la aplicación y desarrollo del derecho.

En su intervención, el Señor Root, representante de los Estados Unidos, señaló que el Comité debía limitarse a las reglas contenidas en los convenios y en el derecho positivo internacional, debido a que no existían leyes en el derecho internacional. A lo cual Lord Phillimore, representante de la Gran Bretaña, dijo que existían costumbres. Root temía que el Comité realizara innovaciones que las naciones no estarían dispuestas a aceptar en el proyecto. A lo cual el Señor Loder, representante de los Países Bajos, indicó que las reglas reconocidas y respetadas por el mundo entero habían sido mencionadas, reglas que son, sin

²⁵¹ Van Hoof, Godefridus J.H, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, p. 136.

²⁵² Proceso Verbal del Comité Consultivo de Juristas, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf

embargo, no de naturaleza positiva, pero ese es precisamente el deber de la Corte para desarrollar el derecho, para madurar las costumbres y los principios universales reconocidos, y para cristalizarlos en derecho positivo, es decir, para establecer una jurisprudencia internacional. De ello, el Señor Loder, no creía que los temores de Root estuviesen bien fundados.

En opinión de Ricci-Busatti, representante de Italia, se debía encontrar una fórmula para unir los diversos elementos que deberían guiar a la Corte, sin hacer ninguna distinción entre ellos. En este sentido, consideró que sería recomendable incluir en la fórmula una referencia a la jurisprudencia internacional.

Para Lord Phillimore las divergencias de opinión se debían a la idea continental de justicia, ya que se imponían estrictas limitaciones a los jueces, en cambio en el sistema inglés el juez tomaba un juramento para hacer justicia de acuerdo a derecho.

El presidente del Comité, el barón Deschamps estaba de acuerdo con Root en que resultaba peligroso permitir a los jueces aplicar el derecho respecto a lo cierto o a lo incorrecto basados, exclusivamente, en su propio entendimiento. Fue, exactamente, por esta razón que el presidente deseaba indicar las líneas que los jueces debían seguir y obligarlos a circunscribirse a los dictados de la conciencia legal de las naciones civilizadas, cuando una determinada solución fuese aprobada por la opinión pública universal, el juez estaría justificado en aplicarla.

El presidente creyó que sería una complicación innecesaria sí, como el señor Lapradelle sugería, le fuesen otorgados poderes subsidiarios al Tribunal de Arbitraje. El poder para administrar justicia no debía ser restado a los jueces, sino mediante una fórmula que definiera y guiara su poder, la cual podía y debía ser buscada.

El presidente, en oposición a Ricci-Busatti, dijo que las varias fuentes de derecho debían ser examinadas sucesivamente. La primera regla era que si existía un texto, una regla convencional, se debía aplicar. Si una regla de este tipo fallaba, se debía aplicar la costumbre internacional. Si ni el derecho ni la costumbre existen,

¿podría el juez declarar un *non-liquet*? El presidente estaba convencido de que no podría, indicó que el juez debía aplicar los principios generales del derecho. Pero debía cuidarse de la tentación de aplicar estos principios como le placiera. Por esa razón, se obligaba al juez a rendir su decisión mirando los dictados de la conciencia legal de los pueblos civilizados y para el mismo fin hacer uso de la doctrina de los publicistas de mayor autoridad.

El presidente concluyó señalando que desde la Primer Conferencia de la Haya se puso atención a las reglas que debían guiar a los jueces.

En la décimo quinta sesión de trabajo, el presidente, barón Deschamps explicó brevemente respecto del proyecto sometido por Root, la delicada labor de un juez internacional. Primero que nada, los jueces debían decidir si un acto estaba incluido bajo alguna de las clasificaciones del derecho internacional, entonces, procedía a apreciar el hecho de conformidad con el aludido derecho.

El juez, como Lord Phillimore había dicho con frecuencia debía preguntarse si existía una cuestión en juego, y entonces decidir cuál era.

Debía juntar todos los detalles necesarios para acertar los hechos y estar seguro del derecho. Por este último propósito, debería determinar las reglas aplicables, en el orden en el que se le presentaban en la mente.

Al lidiar con este orden, el presidente resaltó que la regla número 3 del proyecto, podría aceptar la cláusula propuesta por Root y que en la número 4, el juez debía utilizar la autoridad judicial de las decisiones y las doctrinas coincidentes de los juristas como medio auxiliar y suplementario. Finalmente, el presidente dijo que pensaba que el esquema de Root podía convencer a todos los miembros y que evitaba las dificultades que se habían señalado, especialmente, la cuestión de *non-liquet*.

Lord Phillimore expresó su opinión de que el proyecto debía ser considerado como se había adoptado en la primer lectura.

Ricci-Busatti lamentó que debía hacer reservas, sin embargo, no se oponía en sustancia al proyecto. El texto solo pretendía indicar exactamente las varias fuentes que el juez debería utilizar. Pero era para algunas de las fuentes mencionadas, y el orden en el cual debían clasificarse lo que esa conciencia legal objetaba. No aprobaba la expresión en el “orden sucesivo”, pensaba que el juez debía considerar las diversas fuentes de derecho simultáneamente relacionadas unas con otras. No tenía objeciones serias a los puntos 1 y 2. Del punto 3, entendía principios generales de derecho en la manera en que lo había hecho en la reunión anterior. Se lamentaba de que los principios de equidad, no menos que los del derecho no fuesen mencionados. Respecto del número 4, difícilmente se encontrarían doctrinas coincidentes concernientes a los puntos relacionados sobre las reglas generalmente reconocidas existentes. Además, negaba que las opiniones de los autores pudiesen ser consideradas fuentes de derecho para ser aplicadas por la Corte, y le sorprendía que Root hubiese aceptado esa fórmula.

Ricci-Busatti había presentado un proyecto que reformaba el texto, en el cual señalaba:

Las reglas que serán aplicadas por la Corte para la solución de cualquier disputa internacional que le sea sometida, será a través de las fuentes siguientes:

- 1.- Los tratados internacionales, tanto generales como especiales, así como reglas constitutivas expresamente adoptadas por los Estados que sean partes de una disputa.
- 2.- La costumbre internacional como evidencia de una práctica común entre los Estados, aceptada por ellos como derecho.
- 3.- Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

La Corte deberá tomar en consideración las decisiones judiciales que haya sostenido en casos similares, y la opinión de los doctrinarios más calificados de los diversos países, como medios para la aplicación y desarrollo del derecho.

Lord Phillimore no ponía demasiada importancia al orden sucesivo en el cual las fuentes podrían ser utilizadas. La fórmula adoptada, simplemente había sido

tomada del proyecto del presidente y, en su opinión, el orden mencionado simplemente representaba el orden lógico en el cual las fuentes podrían ocurrir en la mente del juez.

Ricci-Busatti había expresado su deseo de incluir los principios de equidad en el número 3. Lord Phillimore recordó el significado técnico de la palabra equidad en Inglaterra. La adopción de la equidad como fuente de derecho resultaría en el otorgamiento de demasiada libertad al juez, a menos que el significado técnico fuese adoptado.

Ricci-Busatti preguntó a Lord Phillimore si Inglaterra aceptaría una frase basada no en una regla de derecho aceptada como tal, sino en la doctrina de los teóricos. A lo cual, Phillimore respondió que sería posible. Ricci-Busatti dudaba si los Estados aceptarían las reglas que serían el resultado de la doctrina, más que de su propia voluntad o de sus usos.

Lord Phillimore explicó que la aceptación del proyecto del presidente, que era el marco del proyecto sometido por Root, habían aceptado el método de división que era de algún modo defectuoso. Phillimore pensaba, por ejemplo, que las fuentes mencionadas en el punto 3 podrían ser incluidas en el punto 4 debido a que era a través de la costumbre que los principios generales eran reconocidos, y por otro lado, la costumbre formada por el uso seguido en varios documentos formales y públicos y de los trabajos de los doctrinarios que acordaban sobre un cierto punto.

El presidente enfatizó el carácter auxiliar de los elementos del punto 4 como elementos de interpretación.

Ricci-Busatti observó que lo que Phillimore había dicho coincidía con sus propias ideas. Admitió totalmente la necesidad de tomar en cuenta la jurisprudencia y la doctrina, pero pensaba que resultaba inadmisibles ponerlas en el mismo nivel de las reglas del derecho positivo.

Lapradelle sentía que en realidad habían llegado a una solución unánime, cuando Root había aceptado en un espíritu conciliatorio, los puntos primero y segundo del plan del presidente.

Phillimore dijo que Root había aceptado el cuarto punto del plan del presidente, pero, por lo que hacía a la palabra jurisprudencia poseía un significado distinto en inglés y en francés. Una cláusula había sido insertada en el proyecto sometido por Root, que definía la palabra de acuerdo al significado legal en francés.

Lapradelle daba la bienvenida al acuerdo que los miembros habían alcanzado. Pensaba, sin embargo, que las palabras exactas no lo dejaban completamente satisfecho desde un punto de vista práctico y lógico. Las enmiendas de Ricci-Busatti estaban justificadas pero contenían puntos que, de ser introducidos en el plan, no lo mejorarían, sino todo lo contrario.

Lapradelle citó ejemplos que Ricci-Busatti había propuesto insertar que la Corte debía tomar en cuenta sobre las decisiones judiciales. Lapradelle creía que esas palabras no eran precisas. El presidente compartía la opinión de Lapradelle en este aspecto. Lapradelle también desaprobaba, de la propuesta de Ricci-Busatti, la inserción entre las fuentes aquello relativo a los principios de equidad.

Lapradelle no conocía dichos principios, la equidad variaba de caso a caso, en términos generales, se debía tener cuidado en no emplear palabras con un significado especial, la justicia incluía la equidad.

Lapradelle señalaba que se había llegado a un acuerdo en el proyecto que incluía el punto segundo. También acordaban sobre las primeras palabras del punto 3: los principios generales del derecho. Las dificultades comenzaban en ese punto. Sobre las naciones civilizadas en el punto 3.

Phillimore señalaba que el esquema de Ricci-Busatti utilizaba la misma frase.

Lapradelle lo consideraba superfluo, ya que el derecho implicaba civilización.

Además, de este punto en específico, Lapradelle remarcó que la costumbre era mencionada como una fuente en todos los proyectos propuestos. Pensaba que una mención sobre este aspecto era necesaria, pero del otro lado, se preguntaba, como se obtenían los principios generales, a menos que fuera de la costumbre. Los puntos 2 y 3 debían cambiarse de lugar. Si ya se había lidiado con el derecho consuetudinario, de dónde podrían ser derivados los principios generales, a menos que de la lectura de las decisiones judiciales y de los doctrinarios.

Phillimore resaltó que los principios generales referidos en el punto 3 eran aquellos aceptados por todas las naciones *in foro domestico*, tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de buena fe, y el principio de cosa juzgada, entre otros.

Lapradelle resaltó que se había llegado a la obscura y difícil cuestión sobre los límites de la costumbre.

El presidente recordó que una gran parte del derecho internacional, con excepción de unos pocos puntos que eran regulados por estipulaciones convencionales, era el resultado de la costumbre.

Phillimore explicó que por principios generales del derecho había querido decir máximas del derecho.

Lapradelle admitió que los principios que formaban la base del derecho nacional, también eran fuentes del derecho internacional. Los principios reconocidos generalmente, eran aquellos que habían sido apoyados unánimemente o quasi unánimemente. En tanto, los publicistas difícilmente habían llegado a acordar sobre algún punto de derecho, tal previsión, como estaba contenida en el punto 4 del proyecto de Root no tenía mucha importancia.

Lapradelle pensaba que la jurisprudencia era más importante que la doctrina, ya que los jueces al pronunciar sus decisiones tenían un fin práctico en mente. Si se deseaba incluir la doctrina como una fuente, se debería limitar a doctrinas coincidentes de autores calificados en los países concernientes del caso.

Ciertamente, sería necesario hacer una clasificación: las diversas expresiones de la doctrina serían acomodadas de acuerdo a su importancia. Las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, por ejemplo, deberían de ser tomadas en cuenta en una medida considerable.

Para evitar demasiado detalle, Lapradelle pensó que era preferible dejar una frase simple, como, por ejemplo, los principios generales de derecho, sin hacer mención exacta a las fuentes de las cuales estos principios debían derivar.

Finalmente, Lapradelle observó que la gran pregunta que se presentaba era qué actitud tomaría la Corte si en un cierto caso, la jurisprudencia fallaba y no hubiese principios aceptados. Lapradelle pensó que se debía incluir un quinto punto en el proyecto para lidiar con la cuestión.

El presidente primero contestó la objeción realizada por Ricci-Busatti. Había dicho que las diferentes fuentes de derecho debían utilizarse de modo simultáneo. Eso sería hecho en ciertos casos. Sin embargo, una gradación de la clasificación era necesaria.

Ricci-Busatti también había objetado el punto 3, pero el presidente observó que ese artículo era necesario para la posible solución de un *non-liquet*. Por lo que hacía a la objeción del punto 4, el presidente estaba sorprendido de ver que no aceptara a la doctrina como elemento de interpretación. Este elemento solo podía ser de naturaleza subsidiaria; el juez sólo debía utilizarlo de modo suplementario para clarificar las reglas de derecho internacional. La doctrina y la jurisprudencia no hay duda que crean derecho; pero asisten en la determinación de las reglas existentes. Un juez debe considerar tanto la jurisprudencia como la doctrina, pero deben servir solo como elucidación.

El presidente agregó que si el texto de Root era aceptado, habrían hecho una labor satisfactoria y habrían dotado al juez de una base sustancial para sus decisiones.

El presidente lamentaba que Lapradelle no viera el valor del cuarto punto. La facultad del juez de utilizar los elementos mencionados en este párrafo no representaba un peligro, ya que sólo era para elucidar y con propósitos suplementarios. Para satisfacer a Lapradelle, el presidente Phillimore no objetaría omitir en este párrafo “coincidentes” y remplazarla por una mejor palabra. De tal modo, que el punto 4, quedó de la manera siguiente: La autoridad de las decisiones judiciales y las doctrinas de los mejores publicistas de los diversos países.

Ricci-Busatti creía que el texto debía ser revisado aún más. Prefería una fórmula lo más corta posible. Insistía en algunas de sus enmiendas, especialmente, sobre la supresión de las palabras “el orden sucesivo” en el preámbulo del proyecto de Root. Estas palabras no sólo eran superfluas sino que sugerían la idea de que el juez no estaba autorizado para aprovechar ciertas fuentes, por ejemplo, el punto 3, antes de aplicar las convenciones y costumbres mencionadas respectivamente en los puntos 1 y 2. Sería una mala interpretación de las intenciones del Comité.

No obstante lo anterior, el presidente señaló que había una clasificación natural. Si dos Estados concluyen un tratado en el cual la solución de la disputa puede ser encontrada, la Corte no puede aplicar la costumbre internacional y hacer a un lado el tratado. Si una costumbre bien conocida existe, no hay oportunidad de recurrir a un principio del derecho. Se debería indicar un orden de naturaleza superior, sin requerir en un caso dado el acuerdo de varias fuentes.

Ricci-Busatti sostuvo la opinión de que si la expresión “orden sucesivo” solo significaba que una Convención debía ser considerada antes, por ejemplo, que el derecho consuetudinario, sería innecesario. Se trataba de un principio del derecho fundamental que una regla especial prevalece ante el derecho general. Esta expresión también parece fallar; reconocer que las diversas fuentes puedan ser aplicadas simultáneamente, y también que la naturaleza de cada fuente es distinta. Ricci-Busatti indicó que la jurisprudencia y la doctrina no podían ubicarse en el mismo nivel de otras fuentes y debían ser utilizadas en el mismo modo, aunque siempre debían estar presentes en la mente del juez.

Phillimore estaba de acuerdo con Ricci-Busatti, además, todos los miembros estaban de acuerdo con el principio. Bajo estas circunstancias sobre la cuestión de derecho a ser aplicado debía ser dejada para otro momento.

El señor Hagerup declaró que estaba de acuerdo con Ricci-Busatti y deseaba que se suprimiera la expresión “orden sucesivo”.

Lapradelle observó que esta expresión podía ser considerada superflua ya que el orden en que las fuentes debían ser consultadas ya estaba indicado en la enumeración.

El presidente deseaba dejar la expresión, pero le otorgaba poca importancia.

Del debate anterior, se observa que los tratados internacionales, no son la única fuente de derecho, a nivel internacional, sino que existen más vías, a fin de no dejar de resolver un asunto jurídico. Lo cual es trascendente, en el caso bajo estudio, es decir, Radilla Pacheco, ya que cuando exista un conflicto entre los tratados internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, qué solución se procurará, a pesar del criterio sustentado por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/11, en el sentido de que prevalece la Constitución sobre el tratado. Asimismo, cuando exista una fuente obligatoria prevista fuera del ámbito de los tratados, qué tratamiento se le dará a nivel interno, si la reforma constitucional únicamente reconoce, de las fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados internacionales, lo cual a primera vista pareciera, con los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los asuntos derivados del caso Radilla, que fuera de los tratados internacionales, se ha vedado el uso de otro tipo de fuentes reconocidas internacionalmente, en materia de derechos humanos, lo cual analizaremos más adelante para probar o refutar este supuesto.

Por las razones antes señaladas, resulta conveniente analizar las fuentes del derecho internacional y cómo incidirán tanto en la reforma constitucional en materia de derechos humanos y los criterios asentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivados del caso Radilla Pacheco.

1.2.- Los Tratados Internacionales

Como antecedentes, de acuerdo a Kirsten Schmalenbach, para definir el término tratado internacional se tienen los siguientes:

“Con el registro de las prácticas tanto de la Liga de Naciones como de las Naciones Unidas, al igual que el proyecto de Harvard se sembró la semilla de la primera definición en los primeros procedimientos de la Comisión de Derecho Internacional. El segundo proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, de Sir Lauterpacht, se enfocaría más en los requerimientos esenciales del tratado más que en la definición. En contraste, Sir Waldock decidió referirse tanto a los acuerdos internacionales como a los tratados en su proyecto de artículo primero, utilizando acuerdo internacional como el comienzo del entendimiento conceptual del tema (definición) y a tratado como un término genérico que cubre todas las formas y designaciones de un acuerdo internacional. Esta perspectiva fue inmediatamente rechazada por la Comisión de Derecho Internacional por considerarla poco elegante.”²⁵³

En opinión de Philippe Gautier, al analizar el artículo 2, párrafo 1, inciso a, de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, el término tratado es de suma importancia, por lo siguiente:

“El término tratado resulta de particular importancia, debido a que la Convención será aplicada sólo a un acuerdo que cumpla con la definición de la Convención. Esto establece los límites de la definición que no pretende señalar las condiciones de validez de un tratado, como por ejemplo respecto de la existencia del consentimiento o la legalidad de su objeto, estas cuestiones serán gobernadas por otras previsiones de la Convención.

(...)

La definición es moderna, en el sentido de que se aparta de cierta perspectiva formalista que considera al tratado como un instrumento concluido en una forma solemne y sujeto a ratificación.

En su trabajo, la Comisión enfatizó el hecho de que el tratado cubre todas las formas escritas de acuerdos entre Estados. Como señaló la Comisión en su reporte a la Asamblea General en 1966: aunque el término tratado en un sentido solo connota al instrumento formal; también existen acuerdos internacionales, tales como cambios de notas, que no son un solo instrumento formal, y son ciertamente acuerdos a los cuales les aplica el derecho de los tratados.

²⁵³ Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten, *Vienna Convention on the Law of the Treaties, a Commentary*, Germany, Springer, 2012, p. 29.

*La atención de la Comisión se centró particularmente en la práctica de los acuerdos cuya forma era simplificada, una expresión que designaba a los ojos de la Comisión, tanto acuerdos concluidos en una forma menos solemne (por ejemplo, intercambio de notas o de cartas), como acuerdos no sujetos a ratificación. Estos acuerdos parten de la concepción del tratado como un único instrumento altamente formalizado. Dotando de importancia a los tratados en forma simplificada en la práctica internacional, la Comisión decidió incluirlos en este proyecto. La decisión fue ampliamente justificada ya que estos acuerdos no están limitados a gobernar cuestiones técnicas o de importancia secundaria, la Comisión pretendía señalar estos acuerdos de forma separada, en una definición como tratado en forma simplificada. Sin embargo, la distinción entre tratado en forma simplificada y un acuerdo más formal, se basa en modalidades relativas a su conclusión y entrada en vigor, lo que no refleja una diferencia en el régimen legal aplicable a cada uno. Por eso, no existía una razón para mantener la distinción y desapareció en el proyecto adoptado por la Comisión en 1966.*²⁵⁴

Cuando se hace referencia en la definición de que ésta debe estar gobernada por el derecho internacional, se tiene lo siguiente:

*“En su reporte a la Asamblea General de 1959, la Comisión de Derecho Internacional señaló que el elemento de sujeción al derecho internacional era un aspecto esencial de un tratado, que debía mencionarse expresamente en cualquier definición. Sin embargo, el reporte de la Comisión no es completamente claro respecto de la cuestión de los acuerdos entre Estados que son gobernados por el derecho interno. Al principio, pareciera considerar que todos los acuerdos internacionales son sujetos del derecho internacional: ¿Es un acuerdo entre Estados siempre o necesariamente regulado por el derecho internacional? En un sentido, sí; el acuerdo debe ser llevado a cabo, y ello resulta del principio del derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*.*

Sin embargo, por lo que hace a los acuerdos regulados por el derecho privado o cuestiones comerciales, los incidentes podrían ser regulados por el sistema privado apropiado de derecho (nacional y no internacional). La Comisión es de la opinión de que en el caso de una violación a tales acuerdos, mientras un gobierno podría ser internacionalmente responsable, no se sigue que la base de la responsabilidad provenga de una violación a una obligación de un tratado. Agrega que la cuestión no está libre de duda, pero expresa su inclinación a la opinión de que: mientras una falla para cumplir una obligación puede implicar una violación al derecho internacional, los incidentes para su ejecución no se encontrarían regulados por el derecho internacional.

²⁵⁴ Gautier, Philippe, Article 2, en Corten, Olivier y Klein Pierre (edt.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, a Commentary*, United States of America, Oxford University Press, 2011, Vol. 1, p. 33-36.

*Sin perjuicio de la existencia de tal obligación, la Comisión consideró preferible confinar la noción a un acuerdo internacional propio de acuerdos cuya ejecución real se encuentra regulada por el derecho internacional.*²⁵⁵

Cuando se hace referencia a las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre los derechos humanos, Bertrand Ramcharan indica lo siguiente:

“En su opinión consultiva concerniente a la reserva a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Genocidio, la Corte Internacional de Justicia proveyó ideas respecto de la naturaleza de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos que serían aplicables a la mayoría de los tratados de derechos humanos existentes. La Corte Internacional de Justicia adelantó la doctrina del interés común de toda la humanidad en la observancia de las previsiones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al afirmar lo siguiente:

*“...La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios que guían la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, aun sin ninguna obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio como de la cooperación requerida para liberar a la humanidad de tan odioso mal. La Convención sobre el genocidio tenía la intención de la Asamblea General y de las partes contratantes de ser universalmente definitiva en su alcance.”*²⁵⁶

En otra arista, sobre los tratados internacionales, por lo que hace a la materia de derechos humanos, Cesare Pitea, indica lo siguiente:

“El caso Demir y Baykara fundamentalmente levanta dos cuestiones: si la libertad de asociación protegida por el artículo 11 de la Corte Europea aplica a los servidores públicos y si la previsión conlleva un derecho a la negociación colectiva con los sindicatos. Al responder ambas preguntas en sentido positivo, la Cámara dependiendo de fuentes externas, incluyó los tratados que no eran vinculantes para el estado demandado.

Siguiendo algunos análisis doctrinales, Turquía criticó el enfoque de la Cámara, señalando que la Convención no debía interpretarse mediante referencia a obligaciones a las cuales la demandada en el caso no había expresado su consentimiento para obligarse.

(...)

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 41-42.

²⁵⁶ Ramcharan, Bertrand, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 9-10.

La Gran Cámara tomó la oportunidad ofrecida por Turquía para elucidar su metodología en la interpretación de la Convención a la luz de otros instrumentos internacionales.

La Corte resumió los principios bien establecidos de su propio derecho de caso, recordando que, en la interpretación de la Convención, se guía principalmente por las normas de interpretación previstas en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. La Convención debe ser interpretada de una manera que declare sus derechos de manera práctica y efectiva, no teórica o ilusoria y debe ser leída como un todo...de tal manera que promueva la consistencia interna y la armonía entre sus varias previsiones. Además, mediante referencia directa al artículo 31.3.c de la Convención de Viena, la Corte agrega que nunca ha considerado la previsión de la Convención como el único marco de referencia para la interpretación de los derechos y libertades consagrados en ella. Por el contrario, se debe tomar en consideración cualquier norma y principio relevantes para el derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes contratantes. Refiriéndose a la naturaleza viva de la Convención y a la necesidad de interpretar a la luz de las condiciones presentes, la Corte señaló que en decisiones pasadas “ha tomado cuenta de las normas evolutivas de derecho nacional e internacional en su interpretación de las previsiones convencionales”.

En párrafos subsecuentes del fallo, la Corte revisó a fondo los precedentes en los cuales había utilizado fuentes internacionales externas como herramientas interpretativas, apuntando a sus diferencias en alcance y naturaleza, y sin establecer ningún orden o jerarquía entre ellos.

(...)

La Corte al definir el significado de los términos y nociones del texto de la Convención, puede y debe tomar en consideración los otros elementos del derecho internacional que no sean la Convención; la interpretación de tales elementos por órganos competentes, y la práctica de los Estados europeos que reflejen valores comunes. El consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y para la práctica de los Estados contratantes podría constituir una consideración relevante para la Corte cuando interpreta las previsiones de la Convención en casos específicos.

En este contexto, no es necesario que el Estado demandado haya ratificado el conjunto de instrumentos aplicables respecto a la precisa materia del caso involucrado. Bastará para la Corte que los instrumentos internacionales relevantes denoten una evolución continua en las normas y principios aplicados en el derecho internacional...y muestre, en un área precisa, que existe un terreno común en las sociedades modernas.

A primera vista, la teoría de la Corte determina una paradoja, al menos si uno asume que la armonía en el derecho internacional material es uno de los objetivos perseguidos.

La Corte admite que fue más allá de la Convención de Viena en la interpretación de los tratados: la redacción del juicio sugiere que la Corte recurre principalmente, no de forma exclusiva a la Convención de Viena, sintiéndose libre para utilizar medios menos convencionales de interpretación cuando el resultado del proceso de interpretación ordinaria es insatisfactorio. En otras palabras, la Corte parece estar lista para doblar las normas generalmente aceptadas de interpretación a un punto de inflexión y más allá, para alcanzar la coherencia del derecho sustantivo de los derechos humanos y un grado apropiado de protección de derechos humanos. Alega su propósito de crear una norma especial de interpretación entre la Convención Europea y el ambiente normativo que la rodea.

(...)

Sea como sea, los instrumentos de soft-law y los acuerdos no aplicables en las relaciones entre las partes pueden depender del artículo 31.3.c de la Convención de Viena si son señalados como evidencia de una norma o principio consuetudinario. En este aspecto, la noción de estándares comunes de derecho internacional de Estados europeos utilizados por la Corte es en cierta extensión comparable a la costumbre regional.

Sin embargo, es dudoso si la clase y generalidad de la práctica y la opinio iuris normalmente referida por la Corte es suficiente para concluir que una costumbre ha emergido en cada instante en el que este concepto es utilizado. En muchos casos, la expresión apunta a una costumbre emergente o a un estándar en evolución que no es per se suficiente para ser tomado en cuenta como una regla establecida.

El argumento entonces se vuelve a la pregunta de si la exclusión de ciertos materiales internacionales del alcance del artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados niega su relevancia en el proceso interpretativo.

La respuesta ciertamente es en sentido negativo cuando dichos materiales pueden calificar como “práctica en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes para observar su interpretación” (Artículo 31.3.b Convención de Viena).

(...)

En razón de lo antes dicho, es justo sugerir que la Corte Europea de Derechos Humanos debería tratar el derecho internacional sobre la interpretación de tratados de forma más cuidadosa, al hacerlo, debe realizar un esfuerzo para desarrollar su propia metodología interpretativa y resultados de un modo armonioso con las normas sobre interpretación de tratados

*generalmente aceptadas, en vez de utilizar lenguaje innecesario que sugiera su intención para alejarse de los mismos.*²⁵⁷

Para Richard Gordon y Tim Ward, aunque los tratados de derechos humanos contienen sus propias reglas de interpretación, las cortes domésticas podrían, en ocasiones, tener que recurrir a las normas de derecho internacional para interpretar la Convención de Viena, de acuerdo a lo siguiente:

*“Esto se debe a que la Convención, es un tratado internacional y por ello debe ser interpretado, cuando resulte apropiado, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte de Estrasburgo ha confirmado que al hacerlo, en Golder vs Reino Unido, los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena (entonces no vinculante) debían guiar a la Corte en la interpretación de la Convención Europea sobre Derechos Humanos debido a que esos artículos fueron declarados como derecho internacional consuetudinario. Aunque la Corte de Estrasburgo no ha impuesto una jerarquía en relación a la aplicación de la Convención de Viena o los conceptos de la Convención, resulta claro que observa a la Convención con un carácter especial, concerniente a la protección de los derechos humanos como opuesta a solo especificar los derechos y obligaciones de los Estados contratantes. Esto sugiere que el objeto y propósito especial del artículo 31.1 de la Convención de Viena representa un principio general que informa a los otros principios de interpretación. Este, por lo tanto, podría ser el más importante de los principios de la Convención de Viena al interpretar la Convención Europea de Derechos Humanos”.*²⁵⁸

En el ámbito interamericano, los tratados en materia de derechos humanos revisten una forma especial, de acuerdo a lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al caso *del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 24 septiembre de 1999 (Competencia):

“42.-...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes...Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en

²⁵⁷ Pitea, Cesare, *Interpreting the ECHR in the Light of “Other” International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation?*, en Boschiro, Nerina, Scovazzi, Tullio et al. (editors), *International Courts and the Development of International Law*, The Netherlands, Springer, 2013, p. 548-558.

²⁵⁸ Gordon, Richard y Ward, Tim, *Judicial Review and The Human Rights Act*, Great Britain, Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 51-53.

relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (párr. 29).”

De lo antes apuntado, observamos que tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguen un camino independiente respecto de la interpretación en materia de derechos humanos, ya que han distinguido que los Estados que suscriben tratados sobre derechos humanos, asumen varias obligaciones hacia los individuos. Lo cual, contribuye a una fragmentación del derecho internacional. Cuestión que, a su vez, podría trasladarse al ámbito interno, en el sentido siguiente: dada la contravención de un tratado, qué debe aplicar el juez interno, la Convención de Viena o los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.3.- La costumbre Internacional

En opinión de Gerald Postema, la costumbre es lo siguiente:

“Las costumbres son normas sociales, que, en primer lugar, son normas que rigen las interacciones sociales. En segundo lugar, son practicadas o generalmente seguidas en alguna comunidad.”²⁵⁹

De acuerdo con Gennadii Mikhailovich Danilenko, la costumbre es un proceso de elaboración del derecho conforme a lo siguiente:

“La costumbre internacional es un proceso de elaboración del derecho que se basa en la práctica constante y uniforme de los Estados. El reconocimiento de la costumbre como una fuente del derecho implica que el surgimiento continuo de la práctica comunitaria dentro de las esferas legalmente relevantes de las relaciones internacionales conduce al establecimiento de normas vinculantes de comportamiento. Por contraste a la elaboración de tratados internacionales, que requieren negociaciones formales, la costumbre es creada por la conducta de los miembros de la comunidad internacional que constantemente “negocian” entre ellos por medio de acciones reales, declaraciones y otros actos.”²⁶⁰

²⁵⁹ Postema, Gerald, *Custom in International Law: a normative practice account*, en Perreau-Sausine, Amanda and Murphy James Bernard (editors), *The Nature of Customary International Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. United States of America, Cambridge University Press, 2007, p. 286-287.

²⁶⁰ Danilenko, Gennadii Mikhailovich, *Law-Making in the International Community*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 75.

En opinión de David Bederman, para la formación de la costumbre se requiere lo siguiente:

“Para demostrar una regla de derecho internacional consuetudinario, uno debe probar que se ha satisfecho un proceso de elaboración relevante (ya sea que se trate de un tribunal internacional, una corte doméstica, un gobierno o un actor intergubernamental), de que la norma ha sido seguida como una práctica generalizada y que ha sido aceptada como derecho.

La primer parte de la ecuación (el elemento de la práctica general) es una cuestión objetiva. ¿La práctica ha sido seguida por los actores internacionales? ¿La práctica ha sido consistente? ¿La práctica ha sido seguida por un periodo suficiente? La segunda parte de la ecuación (la aceptación como derecho) ha sido frecuentemente llamada subjetivo, o aun psicológico. Pregunta por qué un actor internacional ha seguido una práctica particular. La opinio juris requiere asegurar que la práctica es observada no como una cortesía o buena vecindad, sino como obligación legal.”²⁶¹

Por lo que hace a la práctica generalmente aceptada como derecho, es decir, la prueba de la costumbre internacional, Brian D. Lepard indica lo siguiente:

“Otra adivinanza práctica en la aplicación de la costumbre del derecho internacional es la determinación de aquello que cuenta como práctica estatal. La doctrina tradicional sostiene que existen una variedad de formas de práctica estatal que debe ser considerada que incluye:

“la correspondencia diplomática, declaraciones políticas, notas de prensa, la opinión de los consejeros legales, manuales oficiales sobre cuestiones legales, por ejemplo, manuales de derecho militar, decisiones y prácticas ejecutivas, órdenes a las fuerzas navales, etc., comentarios de los gobiernos a los proyectos producidos por la Comisión de Derecho Internacional, la legislación estatal, decisiones judiciales internas e internacionales, discursos en tratados y otros instrumentos internacionales, la práctica de los órganos internacionales, y las resoluciones relativas a cuestiones legales en la Asamblea General de las Naciones Unidas.”²⁶²

En el ámbito de la costumbre en materia de derechos humanos, Rhona Smith, indica lo siguiente:

“No todos los derechos humanos se localizan en tratados escritos. Algunos derechos pueden ser encontrados en el derecho internacional

²⁶¹ Bederman, David, *Custom as a Source of Law*, United States of America, Cambridge University Press, 2010, p. 144.

²⁶² Lepard, Brian, *Customary International Law. A new Theory with Practical Applications*, United States of America, Cambridge University Press, 2010, p. 34.

*consuetudinario. Esto presenta algunas ventajas, ya que no todos los Estados han firmado o ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y aun así se encuentran vinculados por algunas de las previsiones de derechos humanos. De igual modo, los elementos de derecho internacional consuetudinario anteceden el surgimiento de tratados que establecen normas genéricas de derechos humanos.*²⁶³

En opinión de Jack Goldsmith y Eric Posner, no se ha presentado un cambio entre el derecho internacional consuetudinario tradicional y el moderno, de acuerdo a lo siguiente:

“Además de los tratados en materia de derechos humanos, se dice existe un gran cuerpo de derecho internacional consuetudinario sobre derechos humanos. Decimos “se dice” debido a que el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos no refleja una práctica consistente, general seguida de un sentido de obligación jurídica. En vez de ello, el derecho internacional consuetudinario en materia de derechos humanos se basa menos en la práctica estatal real y más en los consensos sobre derechos humanos encontrados en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tratados multilaterales y las doctrinas de los estudiosos.

(...)

...el derecho internacional consuetudinario tradicional se centra en relaciones comerciales, militares y diplomáticas entre Estados; el derecho internacional consuetudinario moderno se centra en los derechos humanos.

(...)

*El derecho internacional consuetudinario moderno de los derechos humanos es estructuralmente similar al tradicional. El moderno no restringe ni más ni menos que el tradicional. Cuando el moderno no refleja una cooperación o coordinación bilateral (como es usualmente el caso en el contexto de los derechos humanos modernos, es en gran medida sobre aspiraciones, justo como lo fue el tradicional.*²⁶⁴

De la exposición precedente, se advierte que en materia de derechos humanos, se podría acudir a una costumbre, sin que necesariamente el Estado haya sido parte de un determinado tratado, lo que aparejaría una antinomia con aquello

²⁶³ Smith, Rhona, *Texts and Material on International Human Rights*, 2nd ed., United States, Routledge, 2010, p. 14.

²⁶⁴ Goldsmith, Jack and Posner, Eric, *The Limits of International Law*, United States of America, Oxford University Press, 2005, p. 132-133.

establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo primero, en el sentido, de que únicamente se consagra a nivel constitucional a los tratados internacionales y a la Constitución como fuentes de los derechos humanos, con lo cual se podría vislumbrar alguna idea sobre una garantía de fuentes, tribulación que será analizada bajo el cariz de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación derivados del caso Radilla Pacheco.

1.4.- Los principios generales de derecho

Para Allain Pellet, los principios generales del derecho son:

“Los principios comunes a los ordenamientos jurídicos nacionales y transportables al orden jurídico internacional. Se pueden incluir, por ejemplo, la prohibición del abuso del derecho, la autoridad de la cosa juzgada, el respeto de los derechos de defensa, el principio según el cual toda regla jurídica se reputa posee un efecto útil, etc.”²⁶⁵

Fabian O. Raimondo, explica lo siguiente respecto de los principios generales de derecho:

“Los principios generales del derecho son una fuente material de derecho internacional en el sentido de que los Estados y las organizaciones internacionales pueden establecer normas legales internacionales que son la expresión de los principios generales del derecho.

(...)

Tradicionalmente, los principios generales del derecho han sido considerados como una fuente subsidiaria de derecho internacional; subsidiaria en el sentido de que las cortes internacionales y los tribunales las utilizan cuando una cuestión legal dada se encuentra sin regulación por las normas consuetudinarias o convencionales. También, el recurrir a los principios generales del derecho no debería tener lugar, si la solución de un caso legal puede ser alcanzada sin dificultad en casos individuales, mediante el llenado de lagunas a través de la deducción lógica que parta de normas existentes de derecho internacional o de analogías.”²⁶⁶

²⁶⁵ Pellet, Allain, *Cours General: le Droit International entre souveraineté et communauté internationale*, Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Brasil, Vol. 2, enero-junio, 2008, p. 71.

²⁶⁶ Raimondo, Fabian O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 40-43.

Por lo que hace a la aplicación de los principios generales del derecho en materia de derechos humanos, se observa lo siguiente:

“Puede suceder que una cuestión legal no pueda ser resuelta de conformidad con normas legales específicas, simplemente, debido a que las normas necesarias para tomar una decisión no existen. En dichas circunstancias, diversos sistemas legales nacionales permiten la aplicación de principios legales derivados de ramas de derecho consolidadas, tales como el derecho privado, y del derecho en general. En este sentido, los principios legales llenan los vacíos dejados por la ausencia de normas legales específicas capaces de dar una solución.

(...)

Por largo tiempo, los tribunales han volteado a los principios generales del derecho para los mismos propósitos como lo han hecho las cortes nacionales: llenar vacíos legales, interpretando normas legales y fortalecer razonamientos legales.”²⁶⁷

Olivier de Schutter, respecto de los principios generales del derecho señala lo siguiente:

“Los derechos humanos como principios generales del derecho significan el reconocimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos como una fuente legal de obligaciones, que es animada por la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia. La Corte se ha abstenido de señalar que la Declaración como tal, en la totalidad de sus artículos, debería ser considerada como derecho consuetudinario internacional. Pero, se refirió a la Declaración en un número de ocasiones aunque siempre con respecto a un derecho específico y siempre sin clarificar la fuente de la autoridad de la Declaración, por ejemplo, aludiendo a la prohibición del arresto arbitrario o a la detención estipulada en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señaló en el caso Rehenes en Teherán que “Privar erróneamente a los seres humanos de su libertad y sujetarlos a restricciones físicas en condiciones de dureza es en sí misma incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, al igual que con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

(...)

Aunque estas declaraciones refieran, en mayor parte, a principios de derecho internacional no especificados, en vez de a principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas mencionados por el artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sin embargo, han sido

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

*interpretados en el sentido de implicar que los derechos humanos califican como estos últimos principios, por lo que forman parte del derecho internacional.*²⁶⁸

Con relación a los principios generales del derecho, se aprecia, al igual que en el caso de la costumbre, que también constituye una fuente del derecho internacional, y que dejó fuera la reforma constitucional en materia de derechos humanos llevada a cabo en nuestro país, y que retomaremos para analizar su papel en este nuevo contexto en el que se encuentra inmerso México, bajo la perspectiva de los criterios indicados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco.

1.5.- La doctrina

Con relación a las doctrinas de los publicistas, Hersch Lauterpacht, indica lo siguiente:

“Ante las cortes tanto internas como internacionales, nunca han tenido ninguna autoridad formal per se. Ha sido señalado repetidamente por las cortes que la autoridad de los publicistas es la evidencia de la práctica de los Estados.

(...)

*Pero, la utilidad de las doctrinas de los publicistas como evidencia del derecho natural tiende a disminuir con el tiempo cuando colecciones de correspondencia diplomáticas oficial y no oficial, de tratados, y decisiones judiciales se ha convertido en abrumadora, quizá demasiado abundante. También, su función como evidencia de la existencia del derecho debe sufrir en importancia ante los tribunales internacionales que están compuestos de expertos en derecho internacional quienes poseen acceso inmediato a las librerías de derecho internacional y otras fuentes.*²⁶⁹

Con relación a la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, Ademola Abass señala lo siguiente:

“Como un medio subsidiario, las doctrinas de los publicistas generalmente demuestran evidencia del derecho. Sin embargo, algunos trabajos han tenido una influencia significativa en el desarrollo del derecho internacional. Por

²⁶⁸ De Schutter, Olivier, *International Human Rights...*, cit., 2010, p.53-54.

²⁶⁹ Lauterpacht, Hersch, *International Law, Collected Papers*, en Elihu Lauterpacht (ed.), reimpr., Great Britain, Cambridge University Press, 1978, Vol. 1, p.249-250.

ejemplo, desde tiempos inmemorables, los Estados han reclamado el derecho de explorar áreas adyacentes a sus mares territoriales – pero fue Gidel quien introdujo el concepto de la zona contigua, como medio para discutir la validez de las reclamaciones. También la mayoría de los académicos reconocen el impacto decisivo de Grocio, Vattel y Gentili, en diversos aspectos del derecho internacional, especialmente, entre los siglos decimosexto y decimoséptimo.

La influencia de los publicistas, como un medio subsidiario para el desarrollo del derecho internacional, ha declinado en tiempos recientes. Las razones para el declive, obedece al incremento de la soberanía estatal y el papel considerable de tratados y costumbre. Además, se puede señalar el impacto de algunos desarrollos históricos significativos tardíos del siglo veinte. El fin del colonialismo, por ejemplo, ...Los ex Estados coloniales sostienen como una excepción cuando la fuerza puede ser utilizada para deponer gobiernos coloniales. Otros desarrollos desafiados incluyen la agitación de las minorías para la secesión del Estado. De allí, que los doctrinarios post-coloniales expresen constantemente la visión de que algunos aspectos del derecho internacional fueron desarrollados por doctrinarios occidentales para proteger a sus propios gobiernos.

Sin importar los méritos o deméritos de las reclamaciones señaladas, no hay duda de que el fin del colonialismo y el surgimiento de nuevos doctrinarios de las ex colonias afecto la influencia previa de las doctrinas de los publicistas. También, el incremento de las dimensiones de las culturas de derecho internacional y sus orientaciones ha provocado que la determinación de las doctrinas de los publicistas más capaces sea más difícil de señalar.²⁷⁰

Para Hugh Thirlway, las doctrinas de los publicistas más calificados son lo siguiente:

“...una fuente subsidiaria que tendrá algún peso en la medida en que sean referidos a alguna de las tres fuentes principales.

(...)

Una opinión legal o publicación será valuada como indicativa de porqué el tratado o una norma de derecho consuetudinario referida debería ser tomada como determinante de un punto, pero esto aún sería una operación en un nivel subsidiario.

(...)

Aún permanece, la influencia más general y continua que puede ser atribuida a la opinión académica a nivel internacional con relación al desarrollo del derecho, por ejemplo, no respecto a los factores a ser sopesados para

²⁷⁰ Abass, Ademola, *International Law*, Italy, Oxford University Press, 2012, p. 55-56.

*determinar un punto de derecho, sino en relación con el proceso de elaboración del derecho por parte de los Estados. Tal influencia es visible cuando la elaboración general de un tratado es visible, a menos cuando el Estado ajuste o no su conducta en un campo particular de tal modo que afecte el curso de la práctica y sea capaz de dar lugar a una costumbre o a modificar la costumbre. Una opinión académica no puede constituir en sí misma una opinio juris, toda vez que se trata de un elemento psicológico de los Estados, o más bien de aquellos que dirigen sus asuntos, pero no existe duda de que lo uno contribuye con lo otro.*²⁷¹

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, que la doctrina era un medio auxiliar, no así una fuente en sí misma, de acuerdo a lo siguiente:

“96.- En cuarto lugar, el Tribunal observa que la expresión “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” consagrada en el artículo 38.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, implica aceptar que la doctrina de los publicistas de mayor competencia no es en sí misma una fuente del derecho internacional, sino una herramienta para identificar las fuentes de derecho...”

Se observa en general, tanto a nivel universal como regional, que la doctrina juega un papel muy secundario, es considerada un medio auxiliar para la determinación de las fuentes del derecho, con peso limitado, pero a fin y al cabo también excluida de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Respecto de la cual, de igual modo, observaremos qué papel jugará en el contexto mexicano que dejó la Suprema Corte de Justicia de la Nación delineado con los criterios derivados del caso Radilla.

1.6.- Ex aequo et bono

En opinión de Weeramantry, la Corte Internacional de Justicia nunca ha utilizado esta fuente de derecho, y la explica de acuerdo a lo siguiente:

“La expresión ex aequo et bono...se refiere a una decisión no limitada por reglas de derecho, pero dependiente meramente del sentido de justicia del tribunal. Cuando la Corte utiliza los conceptos y procedimientos de equidad

²⁷¹ Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, Great Britain, Oxford University Press, 2014, p. 126-127.

que entran en su campo jurisdiccional por medio de rutas diversas a las señaladas por el artículo 38 (2) y hasta en tanto no actúe contra la ley, estará actuando en el campo ex aequo et bono.

Si la barrica conceptual que representa ex aequo et bono queda fuera del camino, un camino más claro se abre para un uso completo y más seguro de la equidad en el desarrollo del derecho del mar. Este aspecto fue bien resumido en los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, donde la Corte observó en términos claros lo siguiente:

“cuando se realiza la mención de una corte dispensando justicia o declarando el derecho, lo que significa es que las decisiones encuentran su justificación objetiva en consideraciones que descansan no fuera sino dentro de las normas y en este campo es precisamente una norma legal que llama por la aplicación de los principios de equidad. Consecuentemente, no hay en este caso ninguna decisión ex aequo et bono, tal sólo sería posible bajo las condiciones prescritas por el artículo 38, párrafo 2 del Estatuto de la Corte.”²⁷²

En opinión de John E. Murphy, la previsión ex a equo et bono del artículo 38 significa lo siguiente:

“Este párrafo permitiría a la Corte decidir un caso sin referencia a las fuentes de derecho enumeradas en el párrafo 1 del artículo 38, o sin referencia a ningún de los principios de derecho del todo. La Corte, sin embargo, nunca ha decidido un caso ex aequo et bono.

No sorprende que la Corte nunca haya decidido un caso ex aequo et bono debido a que como sugirió Oppenheim, en dicho caso la decisión no estaría basada en la aplicación de normas legales sino que se basaría en otras consideraciones que la Corte podría observar en todas las circunstancias como correcto o propio. Esto proporciona a la Corte una discreción extremadamente amplia en la elaboración de su decisión e introduce una medida substancial de indecisión que muchos Estados no aceptarían.

Se debe distinguir la equidad de ex aequo et bono en el entendido de que la equidad es una doctrina del derecho internacional, mientras que ex aequo et bono involucra que las partes de la disputa confieren a la corte o tribunal arbitral la autoridad para ignorar el derecho internacional al decidir la disputa ante él.

(...)

Una definición ampliamente aceptada de equidad es la que se base en los principios generalmente reconocidos de justicia y equidad. Estos dos se cree

²⁷² Weeramantry, C. G., *Universalising International Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 256-260.

son demasiado vagos e imprecisos para servir como norma de derecho internacional. Una de las críticas más agudas provino del juez Andre Gross en su opinión disidente en el caso del Golfo de Maine, desafiando el uso de la equidad en los casos de delimitación marina:

“la equidad dejada, sin ningún elemento objetivo de control, a la sabiduría de los jueces nos recuerda a la equidad una vez medida conforme al pie del Canciller. Dudo que la justicia internacional pueda soportar una medida de equidad a la vista de los jueces. Cuando la equidad es simplemente una reflexión de la perspectiva de los jueces, las cortes que juzguen de este modo, en cierto modo parten de aquellos que aplican el derecho.”²⁷³

Esta fuente del derecho, nunca ha sido utilizada a nivel internacional, por lo que parecería complicado prever su aplicación en el ámbito interno, cuando los derechos humanos a ese nivel son irrenunciables, máxime que el Estado es el garante de los mismos.

Una vez, que ha quedado delineado el marco teórico con el cual se abordará lo tocante a las fuentes del derecho para realizar su análisis en el marco de la reforma constitucional y el caso Radilla, queda pendiente el análisis de las decisiones judiciales como fuente del derecho, lo cual se hará a través de los elementos que la componen como se verá enseguida.

2.0.- Análisis de los elementos que conforman la jurisprudencia

La experiencia que nos deja el análisis de las opiniones consultivas relacionadas en el capítulo que antecedió, es que existe un exceso hermenéutico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al extender la autorización contenida en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que le permite interpretar ese instrumento internacional, como se destacó en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006*, para cerrar los derechos de otros posibles interpretes para transformarse en el “interprete último” de la misma.

Así, la Corte limita el derecho de los Estados parte a interpretar esa Convención en su carácter de partes firmantes en la misma. También destacamos que esa

²⁷³ Murphy, John F., *The Evolving Dimension of International Law, Hard Choices for the World community*, United States of America, Cambridge University Press, 2010, p. 27-28.

situación es excepcional, porque no se advierte en otros sistemas de protección de los derechos humanos. Contrario a lo establecido en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que cuando se interpreta una convención en la cual sean partes otros Estados, además de las partes en litigio, el Secretario notificará a todos los Estados interesados, con lo cual adquieren derecho a intervenir en el proceso; de darse dicha intervención, quedan vinculados con la interpretación contenida en el fallo²⁷⁴. Lo cual nos conduce, como quedó asentado, en el capítulo primero, a la posible dominación de los derechos humanos del modo planteado por Danilo Zolo.

Recientemente, la Corte Interamericana emitió la opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, respecto de los *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*²⁷⁵, en la cual reiteró su plena autoridad interpretativa sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal.

Lo anterior lo sustentó en el amplio alcance de su función consultiva²⁷⁶, lo que, como afirmamos, es única en el derecho internacional contemporáneo, ya que a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, en el sistema

²⁷⁴ Artículo 63 1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

²⁷⁵ Véase: III COMPETENCIA, numeral 17. *Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones de carácter jurisdiccional y consultivo, tiene la facultad inherente a sus atribuciones, y aún cuando ello no haya sido controvertido como es lo que acontece en autos, de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz), lo que, por lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención, también tiene aplicación en lo referente al ejercicio de su función consultiva o no contenciosa, tal como ocurre en lo atinente a su competencia contenciosa, en particular, dado que la sola circunstancia de recurrir a aquella presupone la admisión, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta, del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.*

²⁷⁶ Véase: III COMPETENCIA, numeral 19 en donde se cita: *En cuanto a la Convención Americana, la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser "intérprete última de la Convención Americana", competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal.*

interamericano se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA y los Estados Miembros de la misma, aunque no fueran partes de la Convención.

Además, que la amplitud de que esta función se relaciona con el objeto de la consulta, que no está limitado a la Convención Americana, sino que puede hacerse extensiva a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y porque se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De igual modo, destaca el carácter discrecional de su función, puesto que no está obligada a responder a esas consultas; además, destacó, que dicha función no debía, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justificaran el interés de que se emitiera una opinión consultiva.²⁷⁷

Así, la Corte indicó que la función consultiva constituía un servicio que la misma estaba en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos. Destacó que mediante esta función buscaba, no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a que los Estados Miembros y los órganos de la OEA cumplan a cabalidad y efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia, definan y desarrollen “políticas públicas” en derechos humanos. Por lo que, según la Corte, se trata de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

²⁷⁷ Consultese el numeral 25 donde destaca: *En reiteradas oportunidades este Tribunal ha establecido que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que esté obligado a responder a ella. Así, la Corte recuerda que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva.*

Además, en la opinión consultiva se añadió, de manera novedosa, la necesidad de que los diversos órganos del Estado realizaran el correspondiente control de convencionalidad, sobre la base de lo que la Corte Interamericana señalare en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, lo cual, al igual que la función contenciosa, era obligatoria para los Estados parte, porque el propósito del sistema interamericano de derechos humanos es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

A su vez, la Corte señaló que a partir de la norma convencional interpretada vía una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención, pero que se han obligado a respetar los derechos humanos, cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

Al mismo tiempo, al interpretar la función consultiva, la Corte estableció que ésta difería de su competencia contenciosa, en que no existen partes involucradas en el procedimiento consultivo y no existe tampoco un litigio a resolver, por lo que destacó que el propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, estableció que su función consultiva se guiaba por las normas que gobiernan esa competencia y en un análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes.

De igual modo, de conformidad con la opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016²⁷⁸, solicitada por la República de Panamá, referente a la

²⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-22/16, de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá. Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema

Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador), la Corte reiteró en el numeral:

16. En cuanto a la Convención Americana, la función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la misma, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”, competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal.

Como se advierte, la Corte se asume como el intérprete último de la Convención Americana, no sólo en aspectos sustantivos sino también procesales. Además, destacó que el propósito central de la función consultiva era obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados americanos, por lo que consideró que las opiniones consultivas, en alguna medida, cumplían la función propia de un control de convencionalidad preventivo.

Además, en la opinión se alude 18 veces a la palabra “jurisprudencia” y se reiteran diversos criterios de la Corte, por lo anterior en la opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, se observa que la jurisprudencia comprende una fuente, una guía y un medio de interpretación para ejercer el control de convencionalidad.

Recapitulando, en el capítulo anterior se plasmó lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había establecido sobre el carácter de las opiniones consultivas, en su resolución de 24 de junio de 2005, relacionada con la solicitud

Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador).

de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las personas condenadas a muerte a impugnar dicha medida mediante un recurso judicial, donde la Corte destacó que la respuesta podía deducirse del análisis e interpretación integral del corpus jurisprudencial del Tribunal, ya que su jurisprudencia tenía el valor de fuente de Derecho Internacional.

Así, la Corte se remitió a lo señalado tanto en sus medidas provisionales como en su jurisprudencia, indicando que dichas consideraciones expresaban la interpretación y aplicación que dicho organismo jurisdiccional había realizado sobre la normativa convencional; estableciendo que debían constituirse como una guía para la actuación de otros Estados, aunque no fuesen parte en el caso o de las medidas, además, mencionó que los máximos tribunales de diversos Estados habían tomado su jurisprudencia y sus opiniones consultivas como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su jurisdicción.

De lo antes señalado se desprende que según el criterio de la Corte Interamericana tanto las opiniones consultivas como las medidas cautelares y la jurisprudencia constituyen fuentes del Derecho Internacional, una guía de actuación y un parámetro para los diversos Estados que han reconocido su competencia contenciosa.²⁷⁹

Sin embargo, a pesar de lo que afirma la Corte Interamericana, ¿se podría sostener con ello que es válida su interpretación, sobre todo si se compara con lo

²⁷⁹ Confrontese con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, que prescribe: 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos 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. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

que la Corte Internacional de Justicia y otras cortes internacionales protectoras de derechos humanos han establecido respecto de su propia jurisprudencia?²⁸⁰ Además, si dicho criterio es congruente con los principios que la propia Corte Interamericana ha sostenido, como el hecho de la integración entre el sistema regional al universal, y que puedan convivir interpretaciones contradictorias en todo sistema, ya que diferentes tribunales pueden interpretar el mismo ordenamiento de modo distinto; en este sentido ¿cómo afecta lo anterior al principio del control de convencionalidad y el señalamiento de un intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos?, y por extensión la unificación del derecho, por medio del derecho internacional de los derechos humanos.

Por contestar a la pregunta previa, el análisis de este apartado se centra en las sentencias, opiniones consultivas, medidas provisionales y supervisiones de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque de las mismas se puede advertir la naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Así, para estar en aptitud de determinar la naturaleza de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, se requiere señalar cuál es la diferencia o qué une a las diversas decisiones que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como son las sentencias, las opiniones consultivas, las medidas provisionales y la supervisión de cumplimiento de sus sentencias, más allá de su carácter de autoridad señalado por la misma Corte en su opinión consultiva de 2005 sobre la pena de muerte.

Comenzaremos refiriendo al conjunto de elementos que, supondremos conforman la jurisprudencia, tal como lo ha proclamado la propia Corte Interamericana, es decir, las medidas provisionales, las sentencias, las opiniones consultivas y las supervisiones de cumplimiento; para después indagar respecto de la

²⁸⁰ Al efecto, cabe recordar el efecto de la relatividad de las sentencias, contenido en el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en ese sentido analizaremos sus opiniones consultivas, sentencias, así como medidas provisionales, para finalmente determinar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y destacar si ésta puede desarrollar una jurisprudencia diferente a la emitida por la Corte Internacional de Justicia, destacando qué papel le otorga a la relatividad de las sentencias.

Además, haremos una comparación entre la jurisprudencia interamericana y la de la Corte Europea de Derechos Humanos, que extenderemos, en algunos aspectos, con la de la Corte Penal Internacional, y reflexionaremos sobre la interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Comités de las Naciones Unidas y finalmente de la Corte Africana de Derechos Humanos, con la finalidad de señalar si existe una jurisprudencia de carácter internacional y en segundo lugar para desentrañar la naturaleza de la jurisprudencia interamericana.

Se podría cuestionar el por qué es necesario comparar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana con la de la Corte Internacional de Justicia, ese ejercicio obedece a que la segunda de las nombradas es la máxima instancia jurisdiccional de las Naciones Unidas heredera de la extinta Corte Permanente de Justicia; también, a que es el tribunal que aplica el derecho internacional general; y a que es la instancia que ha servido como modelo para la instauración de otro tipo de tribunales internacionales, incluyendo a las cortes regionales protectoras de derechos humanos; por último, a que es la instancia a la cual se han dirigido las críticas más importantes relacionadas con el derecho internacional, y que en algunos aspectos se podrían aplicar a las cortes regionales de derechos humanos, como se advierte en el siguiente comentario:

“La primera característica del Derecho Internacional es su carencia institucional, ausentes los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, supraestatales, centralizados y obligatorios que posibiliten la creación y sanción de normas y la solución de controversias. Las relaciones internacionales son jurídicamente vinculantes no por la existencia de un ente supranacional capaz de imponer reglas a los Estados, sino por la norma fundamental del Derecho Internacional Público, el principio de Pacta sunt

servanda, por el que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

La creación de la ONU ha provocado una mayor centralización del Derecho Internacional, en cuanto a que existe un foro para los Estados dotado de un sistema de órganos supraestatales que no podrían equipararse a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial del Derecho interno...la institucionalización del Derecho Internacional...es más un objetivo que una realidad, ya que pese a la existencia de estos órganos, la voluntad de los Estados sigue siendo predominante en el mundo del Derecho Internacional.²⁸¹

Como se advierte, la necesidad de comparar los sistemas jurisprudenciales y delimitar los problemas que enfrenta esa fuente del derecho internacional no es un ejercicio estéril. Por lo anterior, aunado a los cuestionamientos anteriores, se podría agregar que este tipo de tribunales enfrentan críticas por su carencia del elemento democrático, consistente en la falta de participación de la sociedad civil organizada en la elección de los jueces, y por la imposición a través de sus sentencias de políticas y modificaciones constitucionales y legales, sin la participación de la representación nacional, o del electorado o de mecanismos como el plebiscito.

En el caso concreto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se cuestiona la falta de medios de apremio para hacer efectivas las sentencias, la falta de una policía regional que haga cumplir los fallos obligatorios, lo que refrenda las críticas que se le formulan al Derecho Internacional Público. Así, se podría afirmar que esta rama del conocimiento jurídico depende aún de la voluntad de los Estados parte de un instrumento internacional.

Sin embargo, se ha postulado que el derecho interno no prevalece sobre el internacional, ello fue sostenido desde el caso de las comunidades griegas y búlgaras²⁸², en los siguientes términos:

²⁸¹ López-Bassols, Hermilo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo, e Instrumentos Básicos*, México, Porrúa, 2001, p.14.

²⁸² Publications de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, núm. 17, el 31 Julio de 1930, Recueil des Avis Consultatifs, Question des «Communautés gréco-bulgares», Leyde Société D'Éditions, 1930. Hay versión electrónica en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf. En la página 32 del fallo se afirma: *In the first place, it is a generally accepted*

“A este respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las comunidades griegas y búlgaras afirmó: “es un principio generalmente aceptado de derecho internacional que en las relaciones entre poderes que son partes contratantes de un tratado, lo establecido en el derecho interno no puede prevalecer sobre aquello del tratado”.”²⁸³

De este modo, se observa que desde las primeras interpretaciones efectuadas por la Corte Permanente de Justicia, se ha sostenido que el derecho internacional debe prevalecer por encima del derecho interno, lo cual se observará a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo cual servirá como un parámetro a considerar al analizar el expediente varios 912/2010, toda vez que los jueces ya están facultados para aplicar el derecho internacional, por lo menos, el derecho internacional de los derechos humanos, y en específico la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo relevante de la cita previa es el contraste entre las características del derecho internacional general y el de los derechos humanos, que si bien ya existe una obligación de aplicar las decisiones internacionales del ámbito referido, en el análisis que se propone se observará si aún en ese extremo el derecho internacional de los derechos humanos puede alcanzar un mayor grado de realización mediante el control de convencionalidad.

Cabe añadir que según los autores de la cita anterior, el derecho internacional e interno al poseer características y naturaleza distinta no pueden estudiarse de manera comparativa.²⁸⁴ Opinión que no se comparte, porque las naturalezas divergentes de ambos derechos son el campo fértil de comparación ahora que existe el mecanismo del control de convencionalidad, tanto al interior del propio sistema interamericano, como del sistema internacional y en particular del caso Radilla resuelto por el Poder Judicial de México, porque la idea de “convencionalidad” podría mostrar hasta qué punto son compatibles los sistemas jurídicos interno e internacional.

principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty.

²⁸³ Arrocha, Pablo, Uribe Patricia y Morales, María, *Derecho Internacional Público: una visión casuística*, México, Limusa, 2011, p. 18-19.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 20.

También es necesario para averiguar la naturaleza jurídica de la jurisprudencia interamericana, asentar que existe un amplio espectro de organismos internacionales protectores de derechos humanos.

Para iniciar nuestros argumentos el orden jurídico internacional se entiende como:

“...un límite de actuación de los sujetos de las relaciones internacionales. Su actividad no puede rebasarlo porque violaría el Estado de derecho internacional. Aquel sujeto del derecho internacional que vaya en contra de un principio estaría violando el Estado de derecho por no ajustarse a ellos.

(...)

En efecto, el Estado de derecho internacional debe de tener puntos de referencia o, para ser más precisos, contar con límites. Éstos se han formado con la evolución de ciertas normas como es el caso de los derechos humanos, que junto con las normas de derecho humanitario internacional, las normas de derecho penal internacional y los principios de derecho internacional constituyen un orden público internacional...²⁸⁵

En opinión de Alexander Orakhelashvili, el orden público internacional se integra por un grupo de normas que son observadas aún si la relación legal es gobernada por un derecho extranjero²⁸⁶. Lo que refrenda la idea de que el derecho internacional se sobrepone o es superior al derecho interno de un Estado.

Para Michel Virally la necesidad del orden jurídico no se impone más que para quienes la conservación de la sociedad en la que viven es imprescindible para la satisfacción de sus imperativos sociales, necesidad desde luego variable según el carácter más o menos imperativo y urgente de estos requerimientos.²⁸⁷

Como se advierte, dicho orden público internacional entraña que cierto número de normas, por su naturaleza, son inderogables y deben ser observadas por encima de otras de inferior jerarquía.

Ahora bien, también advertimos la existencia de un derecho procesal supranacional que sirve para la tutela de derechos públicos subjetivos

²⁸⁵ Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación del derecho Internacional. En el Marco del Estado de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 33-34.

²⁸⁶ Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms...*, cit., p. 19.

²⁸⁷ Virally, Michel, *El Devenir...*, cit., p. 69.

internacionales, en lo que se refiere a las diferencias entre proceso ordinario y proceso supranacional, Osvaldo A. Gozaíni, afirma:

“En materia supranacional el proceso desenvuelve un juicio especial que centra el objeto en la probable violación de los derechos humanos. El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedencia, en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene otro parentesco y recibe, en consecuencia, un tratamiento diferente.

Por ejemplo, el proceso local culmina con la “cosa juzgada”; mientras que el transnacional no revisa dichas actuaciones, sino que genera un procedimiento propio que persigue elucidar si un Estado ha violado o no los derechos del hombre.

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno. Este concepto admite el origen de un novedoso grado jurisdiccional que obrará en una dimensión de tiempo distinta a las etapas ya transpuestas.

Lo interesante de la confrontación entre proceso ordinario y proceso transnacional está en la íntima relación que tiene respecto a los sistemas procesales que los definen, en los cuales, algunas veces podrán tomarse los principios generales consabidos (v.gr.: contradicción, inmediatez, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo), mientras que otras, deberán adecuarse a los modelos de debate.”²⁸⁸

En lo que se refiere a qué clase de tribunal es la Corte Interamericana, podríamos decir que la misma es un tribunal “supranacional”. En lo que se refiere a los tribunales supranacionales, Héctor Fix-Zamudio indica:

“14. De manera diversa, los tribunales supranacionales tienen un rango superior a los nacionales en las asociaciones o comunidades de Estados que las han creado. En esta Dirección, es necesario distinguir entre las normas internacionales en sentido estricto que rigen las relaciones de los Estados que conforman la comunidad internacional, y recientemente también con la participación de personas físicas y grupos sociales, a los cuales se les reconoce personalidad de sujetos de derecho internacional, y por otra parte,

²⁸⁸ Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Transnacional*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 34.

*un sector intermedio entre los ordenamientos nacionales y las normas de derecho internacional convencional o consuetudinario.”*²⁸⁹

Se observa que los tribunales supranacionales se colocan por encima de los tribunales nacionales.

En el caso de las Cortes internacionales a nivel regional, encargadas de proteger los derechos humanos, están autorizadas para conocer de forma subsidiaria de violaciones a derechos humanos, en los ámbitos regionales, es decir, en primer lugar, los tribunales de los Estados se encargan de garantizar los derechos humanos y, en caso de ser necesario, dichas instancias internacionales conocen de las posibles violaciones cometidas en el ámbito interno.

Esto es visible en Europa, a través del *Protocolo número 14 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que enmienda el Sistema de Control de la Convención*, ya que en el informe explicativo²⁹⁰ del mismo, se sostiene que el principio de subsidiariedad consiste en que el Convenio Europea debe ser protegido, en primer lugar, a nivel nacional, además, de que los Estados tienen el deber de monitorear la conformidad de su legislación y práctica administrativa con los requerimientos de la Convención y el *case-law* de esa Corte.

En América, en el preámbulo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se establece que la protección internacional proporcionada por la Corte es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, cuestión que se complementa con su jurisprudencia por intermediación del control de convencionalidad; por su parte, en África, de acuerdo al artículo 8²⁹¹, del *Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de*

²⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Relaciones entre tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2009, p. 5-9.

²⁹⁰ Reporte Explicativo del Protocolo número 14 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que enmienda el Sistema de Control de la Convención <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>.

²⁹¹ Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>.

los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se indica que la Corte considerara los casos que se lleven ante ella, tomando en cuenta la complementariedad entre la Comisión y la Corte, es decir, mientras que en América y Europa las cortes de derechos humanos complementan los derechos internos y obligan a los Estados partes a cumplir con sus respectivos convenios y jurisprudencia, en África, la Corte complementa a la Comisión, no así a los Estados partes.

Teniendo en mente lo anterior, se puede preguntar por la naturaleza jurídica de la jurisprudencia de carácter internacional y la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, es decir, en el primer caso ¿existe una jurisprudencia uniforme en este ámbito? De ser así, poseerá los mismos efectos vinculantes para quienes la reconocen, lo propio aplicará para el caso de las cortes regionales protectoras de derechos humanos, o será acaso la subsidiariedad de los tribunales de derechos humanos, en especial de América, el distintivo de su jurisprudencia respecto al efecto vinculante de la misma y que a su vez la diferencia de la jurisprudencia de otros ámbitos regionales e incluso de la jurisprudencia internacional, de la Corte Internacional de Justicia, de los Comités de derechos humanos de la ONU y la Corte Penal Internacional.

Como ya se había indicado, se comenzará con el análisis de la jurisprudencia a través de los elementos que la integran, es decir, medidas provisionales, supervisión de cumplimiento, sentencias y opiniones consultivas.

2.1.- Las Medidas provisionales en la Corte Internacional de Justicia.

En el ámbito de acción de la Corte Internacional de Justicia, su Estatuto prevé la existencia de medidas provisionales en el artículo 41²⁹², que destaca la facultad de la Corte para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las “medidas provisionales” que deban tomarse para resguardar los derechos de cada

²⁹² 1.- La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2.- Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.

una de las partes. Agrega que en tanto se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.

Para Hersch Lauterpacht, el carácter vinculante de las medidas provisionales es indudable cuando se ha reconocido la jurisdicción de la Corte, sin embargo, tratándose del caso en el cual el Estado no ha reconocido la competencia de la Corte, se presenta un dilema en razón de lo siguiente:

“(...) Desde el punto de vista del Estado demandado parece impropio que la Corte indicase medidas provisionales de protección sin que antes hubiese declarado tener competencia (...). Del otro lado, desde la posición del Estado demandante, la indicación de medidas provisionales puede ser de tal urgencia que posponer las mismas, hasta en tanto la Corte reconozca su competencia sería ilusorio y el resultado sería la destrucción del objeto de la disputa. Ante ello, la Corte ha adoptado la segunda posición (...) toda vez que en estricto derecho, no existe una obligación de cumplir con las medidas provisionales. Sin embargo, para un gobierno sensible a la reacción de la opinión pública y cuidadoso de su propia reputación no dejará de observar una orden del mayor órgano judicial de las Naciones Unidas, aunque debe ser indicado, se dejaron de observar dichas medidas en el caso de la Compañía Petrolera Anglo Iraní. (...) Por lo que en la práctica posterior, en casos donde la jurisdicción de la Corte es dudosa o desafiada, no se comprometerá de ningún modo a dictar medidas de protección si no existe un instrumento como una Declaración de Aceptación hecha por ambas partes y que no existen reservas. En tanto la Corte se ha adherido a esa práctica, ha sido cuidadosa en señalar que las medidas provisionales no prejuzgan su decisión final (...) lo anterior ilustra la dificultad y el grado de artificialidad que rodean a las medidas provisionales, ya que en el artículo 41 del Estatuto de la Corte no se advierte que se haya establecido que posean carácter vinculante²⁹³”.

Sobre el comentado dilema sobre la fuerza vinculante de las medidas provisionales, en el caso *Lagrand* (Alemania vs Estados Unidos de América), juicio 27 de junio 2001, ante la postura de los Estados Unidos de que las medidas cautelares carecían de fuerza vinculante, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

“102. De ello se sigue, del objeto y propósito del Estatuto, al igual que de los términos del artículo 41 cuando se lee en su contexto, que la facultad para

²⁹³ Cfr. Lauterpacht, Hersch, *The Development of International law by the International Court*, United States of America, Cambridge University Press, 2010, p. 110-113.

indicar medidas provisionales implica que tales medidas sean vinculantes, ya que la facultad en cuestión se basa en la necesidad, cuando las circunstancias así lo demandan, en salvaguardar y evitar el perjuicio de los derechos de las partes cuando se determine mediante el juicio de la Corte.”

Tal como indicó Hersch Lauterpacht, la Corte dicta las medidas provisionales cuando de las previsiones invocadas por el Estado parte aparece, *prima facie*, la base de la jurisdicción de la Corte, lo anterior lo sostuvo la Corte en el caso de los *Ensayos Nucleares* (Australia vs Francia), medidas de protección, orden de 22 de junio de 1973²⁹⁴.

En una decisión más actual, en el caso denominado *Ciertas Actividades Llevadas por Nicaragua en el Área Fronteriza (Costa Rica vs Nicaragua)*, solicitud para la modificación de la orden del 8 de marzo de 2011 medidas provisionales, de fecha 16 de julio de 2013, señaló que las medidas poseían efecto vinculante.

En razón de lo anterior, se puede concluir el carácter vinculante de las medidas provisionales, pero no que las mismas posean un carácter vinculante más allá de las partes que forman parte de la disputa, ya que como se verá en lo que respecta a las sentencias emitidas por la Corte Internacional de Justicia, si éstas no poseen un carácter vinculante más allá de las partes, mucho menos las medidas provisionales.

2.2.- Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Medidas Cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito del Sistema Interamericano se advierte que la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* señala la posibilidad de que la Corte pueda ordenar el establecimiento de las mismas, el artículo 63 establece que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá

²⁹⁴ Hambro, Edward and Rovine, Arthur, *The Case Law of the International Court*, Netherlands, A. W. Sijthoff, 1976, p. 404.

tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

De igual modo, la Comisión Interamericana, si bien en la Convención Americana no se prevé la existencia de medidas cautelares, en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión se establece que las mismas se otorgarán en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano. Conforme al numeral 3, las medidas podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

Como indica Felipe González Morales, si bien no se expresa en el texto de la Convención Americana el mecanismo de medidas cautelares, desde el comienzo de las transiciones democráticas, la Comisión Interamericana fue expandiendo el uso de estas medidas, las cuales, continúa indicando Felipe González, se establecieron en 1980 en su Reglamento, aunque dicha función se venía desempeñando con antelación. Su señalamiento en el Reglamento obedeció a que la Corte Interamericana entró en funcionamiento, y como la Comisión es la facultada para solicitar medidas precautorias a la Corte, resultaba necesario regular las medidas cautelares, como un paso previo a las provisionales.

En opinión de Felipe González las medidas cautelares son producto de los poderes amplios señalados en el artículo 41 de la Convención Americana, ya que:

“Por lo demás, como hemos apuntado, varios órganos semijudiciales de Naciones Unidas – análogos, por lo mismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – adoptaron medidas cautelares basados en una interpretación de los tratados que los fundan, a pesar de no hallarse contempladas explícitamente. Ellos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de Todas las

*Formas de Discriminación Racial. Lo propio sucede respecto de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y ocurría con la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.*²⁹⁵

Aunque como el propio Felipe González Morales señala, existe un limitado número de derechos susceptibles de protección a través de medidas cautelares entre los cuales refiere que un alto porcentaje se han otorgado con relación al derecho a la vida y a la integridad personal, aunque se han dictado medidas en casos sobre la protección de propiedad indígena en el contexto del caso *Awas Tingni* o a proteger la libertad de expresión el caso *Herrera Ulloa*; a salvaguardar, además de la vida e integridad personal, la protección especial de los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas, como en el caso de las niñas Jean y Bosico; o el caso del acceso a la información pública cuando la Comisión prohibió la destrucción de las boletas electorales de la elección para Presidente de la República realizadas en México. De acuerdo a lo siguiente:

“Un aspecto central de la temática en estudio se refiere a cuáles son los derechos susceptibles de ser protegidos mediante el mecanismo de medidas urgentes en el Sistema Interamericano. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Reglamento de la Comisión (...) establecen para su concurrencia, entre otros, el requisito de que sean inminentes daños irreparables a las personas. Esto ha significado que, en la práctica, un muy alto porcentaje de las medidas urgentes otorgadas lo han sido en relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal.

(...)

*Sin embargo, en una serie de medidas urgentes han sido otros derechos los protegidos, tanto por vía de cautelares como de provisionales. Algunas situaciones emblemáticas han sido la protección del derecho de propiedad indígena mediante medidas provisionales en el contexto del caso *Awas Tingni* (...) las medidas provisionales destinadas a proteger la libertad de expresión en el marco de los casos *Herrera Ulloa* (Costa Rica) (...); y las medidas provisionales destinadas a salvaguardar, además de la vida e integridad personal, la protección especial a los niños en la familia y el derecho de circulación y residencia de las personas, como se señala expresamente en la Resolución de la Corte en el caso de las niñas Jean y*

²⁹⁵ González, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 159.

Bosico (Caso de Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana).

Otro derecho que fue objeto de tutela por la vía de una cautelar fue el de acceso a la información pública. Esto se dio en la medida que prohibió la destrucción de las boletas de la elección para Presidente de la República realizadas en México.²⁹⁶

Al respecto, Felipe González indica citando a Graciela Rodríguez y Luis Miguel Cano que si se hace un análisis de las medidas cautelares que de 1996 a 2007 ha dictado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede concluirse que de las 597 medidas dictadas en total en ese periodo, 478 se encuentran relacionadas preponderantemente con la protección a la vida e integridad de las personas y las 119 restantes tienen que ver con otros temas. A pesar de ello, el propio Felipe González indica que efectuar ese tipo de estimaciones conduce a resultados equívocos, ya que las medidas cautelares generalmente no explicitan los derechos a ser protegidos, en su opinión, de los ejemplos citados por los dos autores en comentario, podrían ser reconducidos a medidas destinadas a salvaguardar la integridad personal, como por ejemplo, dependiendo de las circunstancias específicas del asunto, situaciones de afectación del debido proceso, de la libertad personal, de suspensión de expulsión de un país, etc.²⁹⁷

Las medidas cautelares en opinión de Björn Arp son lo siguiente:

“Las medidas cautelares no prejuzgan sobre la existencia de responsabilidad internacional de los Estados. Ésta solo puede ser determinada como consecuencia de un procedimiento sobre el fondo del asunto.

En todo caso, van referidas a situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos interamericanos.²⁹⁸

Lo anterior, por lo que hace a la Comisión Interamericana y las medidas cautelares.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 172-173.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 174-175.

²⁹⁸ Arp, Björn, *Las Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2014, p.307.

Continuando con los medidas provisionales, resulta oportuno como se hizo en el caso de la Corte Internacional, observar este tipo de medidas en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, se pueden definir las medidas provisionales en el sistema interamericano, en nuestra opinión, de acuerdo a la práctica de la Corte Interamericana, como una garantía jurisdiccional de carácter preventivo, provisional, tutelar y complementario que se aplican siempre y cuando se reúnan los tres requisitos básicos coexistentes; consistentes en la extrema gravedad, urgencia y prevención de daños irreparables a las personas y su efectividad, cuyo propósito es preservar los derechos de las partes en controversia, para asegurar que la sentencia futura de fondo no sea perjudicada por las acciones pendientes.

Las medidas provisionales son provisionales, tutelares, preventivas, y complementarias. El carácter provisional se refiere a que preservan una situación jurídica²⁹⁹. El carácter tutelar y preventivo significa que protegen derechos humanos, en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.³⁰⁰ El carácter complementario se refiere a que el Estado en cumplimiento de su deber de garante de los derechos humanos debe desarrollar mecanismos o acciones de protección eficaces para los beneficiarios de las medidas. Este principio es aplicable no sólo en casos contenciosos, sino también en medidas provisionales,

²⁹⁹ Resolución de la Corte Interamericana de 23 de noviembre de 2004 solicitud de medidas provisionales respecto del Estado de Perú caso Acevedo Jaramillo y otros (se negaron las medidas cautelares por no actualizarse el riesgo de daño e irreparabilidad); resolución de 2 de marzo de 2011, medidas provisionales respecto de Venezuela, Asunto María Lourdes Afiuni; resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de marzo de 2010, solicitud de medidas provisionales presentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de República Dominicana, asunto Juan Almonte Herrera y otros.

³⁰⁰ Resolución de la Corte Interamericana de 23 de noviembre de 2004 solicitud de medidas provisionales respecto del Estado de Perú Caso Acevedo Jaramillo y otros; resolución de 2 de marzo de 2011, medidas provisionales respecto de Venezuela, Asunto María Lourdes Afiuni; resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de marzo de 2010, solicitud de medidas provisionales presentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de República Dominicana, asunto Juan Almonte Herrera y otros.

ya que el sistema interamericano no sustituye a las jurisdicciones nacionales sino que las complementa.³⁰¹

La coexistencia de las tres condiciones (extrema gravedad, urgencia y que se trate de evitar daños irreparables) se refiere a que deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención de la Corte. De igual modo, dichas condiciones deben persistir. Si alguna de ellas ha dejado de tener vigencia, corresponde a la Corte valorar su continuidad.³⁰²

La extrema gravedad se refiere a que se debe evaluar en función del contexto específico, siendo evidente que si derechos fundamentales, como la vida y la integridad física, se encuentran comprometidos por dicho tipo de amenaza, se está en principio, ante un contexto que amerita considerar la adopción de medidas de protección.³⁰³

La urgencia alude a situaciones especiales y excepcionales que requieren y ameritan acciones y respuestas inmediatas orientadas a conjurar la amenaza. Se trata de circunstancias que por su propia naturaleza suponen un riesgo inminente. Se deriva del peligro relacionado con la amenaza, a la naturaleza de la respuesta para remediarla. Esto debe suponer, ante todo, un carácter inmediato de la misma y, en principio, temporal para hacer frente a tal situación, ya que una falta de respuesta implicaría *per se* un peligro.³⁰⁴

³⁰¹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de marzo de 2011, medidas provisionales respecto de Venezuela, Asunto María Lourdes Afiuni; resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2013, medidas provisionales respecto de la República de Colombia, asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó.

³⁰² Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de junio de 2011, medidas provisionales respecto de México, asunto Pérez Torres y otros (Campo Algodonero).

³⁰³ Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de abril de 2009, solicitud de medidas provisionales, Caso González y otras "Campo Algodonero" vs México; resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de noviembre de 2010, medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, asunto Alvarado Reyes y otros.

³⁰⁴ Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de abril de 2009, solicitud de medidas provisionales, Caso González y otras "Campo Algodonero" vs México; resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de noviembre de 2010, medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, asunto Alvarado Reyes y otros.

La prevención de daños irreparables a las personas tienen que ver con el carácter irreparable de la amenaza extremadamente grave y urgente de los derechos a la vida e integridad personal³⁰⁵; el propósito de preservar los derechos de las partes se refiere a que el fin de las medidas provisionales en general es la preservación de dichas prerrogativas para evitar la destrucción de los mismos y dejar sin materia el litigio.³⁰⁶

La efectividad de las medidas se refieren a que además de los elementos de extrema gravedad, urgencia y que se trate de evitar daños irreparables, se debe tomar en cuenta la efectividad.³⁰⁷

En opinión de Loretta Vázquez Ortíz, existe una transposición de las medidas provisionales del derecho internacional público al derecho internacional de los derechos humanos, en razón de lo siguiente:

“En el derecho procesal, tanto interno como internacional, las medidas cautelares o provisionales tienen el propósito común de buscar mantener el equilibrio entre las partes en tanto se resuelve el fondo del asunto. De esta manera, la ya mencionada transposición de dichas medidas del orden interno al internacional –contencioso interestatal-, no parece haber generado un cambio fundamental en el objeto de tales medidas. Este cambio sólo vino a ocurrir con la más reciente transposición de las medidas provisionales del ordenamiento jurídico internacional –el contencioso tradicional entre Estados- al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de especificidad propia.”³⁰⁸

Para Clara Burbano Herrera, las medidas provisionales poseen un carácter vinculante, de acuerdo a lo siguiente:

“Que las medidas tienen valor vinculante significa que los Estados están obligados a cumplirlas, y por lo tanto, no pueden alegar razones políticas o jurídicas de orden interno para dejar de implementarlas. El carácter

³⁰⁵ Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de abril de 2009, solicitud de medidas provisionales, Caso González y otras “Campo Algodonero” vs México.

³⁰⁶ Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 11 de octubre de 2000, ampliación de medidas provisionales solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la República de Colombia, Caso Álvarez y otros.

³⁰⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2013, medidas provisionales respecto de la República de Colombia, asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó.

³⁰⁸ Vázquez, Loretta, *Las Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Auténtica Garantía Jurisdiccional de carácter Preventivo*, México, Porrúa, 2010, p. 159.

*vinculante de las medidas provisionales en el sistema interamericano, 63 (2) que las complementa; y, finalmente, de la relación del artículo 63 (2) con otros artículos de la Convención Americana y con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*³⁰⁹

Salvador Mondragón Rojas respecto de las medidas provisionales señala lo siguiente:

*“De lo anterior es posible concluir que las medidas provisionales se dictan en función de necesidades de protección provisional de los derechos humanos. Una vez dictadas, deben mantenerse siempre y cuando subsistan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.”*³¹⁰

En opinión de Jean Cadet Odimba respecto de las medidas cautelares existen similitudes esenciales en las tres Cortes Africana, Europea y Americana en razón de lo siguiente:

*“En la competencia jurisdiccional de las tres cortes – la Europea, la Interamericana y Africana- existen similitudes esenciales, ya que la primera sirvió de modelo a las otras dos, y ambas, a su vez, se inspiraron en los principios básicos del procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia. Lo anterior, en cuanto a las dos etapas, escrita y oral, esta última por medio de audiencias en las cuales se desahogan de manera contradictoria las pruebas ofrecidas por las partes. Sin embargo, el procedimiento tomado inicialmente del paradigma de la Corte Internacional de Justicia se ha modificado de manera paulatina en la Corte Europea, pero todavía más en la Interamericana, por conducto de sus diversos reglamentos que han diferenciado la tramitación de los casos contenciosos, ya que la primera está dirigida a la protección de los derechos de los Estados, mientras que en las regionales su propósito es la tutela de los derechos humanos consagrados en la convenciones de Roma, de San José y en la Carta Africana de los Derechos Humanos.”*³¹¹

Edgar Corzo, señala respecto de la naturaleza de las medidas provisionales lo siguiente:

“De la revisión de la jurisprudencia relacionada con las medidas provisionales aparece que la Corte identifica a las medidas provisionales con una doble

³⁰⁹ Burbano, Clara, *Medidas provisionales en Situaciones de Vida o Muerte. El Caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2012, p. 273-280.

³¹⁰ Mondragón, Salvador, *Ejecución de las Sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 36.

³¹¹ Cadet, Jean, *Protección Regional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006, p.96.

naturaleza jurídica, la de ser cautelares y al mismo tiempo tutelares, o bien en ocasiones sólo cautelares o tutelares. Por tal motivo, resulta de especial interés dar cuenta de esta dualidad con miras a determinar su origen así como la congruencia que guarda esta clasificación al interior de las medidas.

(...)

Que las medidas provisionales tengan un doble carácter no debe llevar a contraponer cada uno de ellos, que es lo que parece guiar el fondo de la clasificación realizada por la Corte IDH en cautelar y tutelar, aun cuando ha reconocido, por ejemplo en el caso Carpio Nicolle y otros, que el incumplimiento de los requisitos debe tener lugar, sin lugar a dudas, tanto en la dimensión tutelar como en la cautelar.

(...)

En efecto, el doble carácter lo encontramos en los asuntos de los cuales la Corte todavía no ha conocido de ellos y se encuentran ante la Comisión, ya que es posible adicionar el carácter tutelar, sobre el cual no hay duda, el cautelar en el sentido de que en esta etapa se procura proteger la materia del proceso que eventualmente llegará a la Corte (pues “aún” no han sido sometidos ante ella), o incluso la materia misma ante la Comisión.”³¹²

En el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos, las reglas para la solicitud de medidas provisionales, indican en la regla 39 que las mismas son vinculantes para los Estados involucrados. Asimismo, se establece que las medidas provisionales solo serán aplicadas en casos excepcionales³¹³. La Corte ordenará medidas provisionales en contra de un Estado miembro cuando haya revisado toda la información relevante, considere que el solicitante enfrenta un riesgo real de daño serio e irreversible, si la medida no se adopta. Su carácter es vinculante y formará parte del derecho de caso de la Corte como lo hace con todas sus decisiones y deberá ser tomado en consideración por los Estados partes, conforme al Reporte Explicativo del Protocolo 16 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, como se observará más adelante en lo tocante a la jurisprudencia de esa Corte.

³¹² Corzo, Edgar, *Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2014, p. 17-45.

³¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, Reglas de la Corte http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

La Corte Africana de Derechos Humanos puede aplicar medidas provisionales de acuerdo al artículo 27 del *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, se establece que en casos de extrema gravedad y urgencia, y para evitar un daño irreparable a las personas, la Corte podrá adoptar medidas provisionales cuando lo juzgue necesario³¹⁴. No se establece el efecto vinculante de las medidas, sin embargo, puede deducirse, válidamente, que al tener el objetivo de preservar los derechos en juego, se presume son vinculantes entre las partes en disputa, sobre algún alcance mayor que rebase a las partes en la disputa no se cuenta con elementos para asumir dicho efecto, por lo que puede sostenerse que no poseen un alcance más allá de las partes contrincantes.

Una vez señalado lo anterior, se observa que las medidas provisionales a nivel de la Corte Internacional de Justicia poseen carácter vinculante entre las partes, no así más allá hacia otros Estados que no formaron parte del litigio. En tanto, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que sigue la jurisprudencia de dicha Corte, el carácter vinculante de las medidas provisionales se extiende a otras partes, aunque no hayan participado en el litigio, bajo el argumento de que, como se cito en la opinión consultiva de 2005 sobre la pena de muerte, las medidas provisionales forman parte de la jurisprudencia y en el caso de la Corte Europea, a través del Protocolo 16 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, las medidas provisionales son vinculantes y forman parte del derecho de caso y deberán ser tomadas en consideración por los Estados partes.

2.3.- Medidas Provisionales a nivel de los Comités de las Naciones Unidas

A nivel de los Comités especiales de la Organización de las Naciones Unidas, se advierte en el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de*

³¹⁴ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos humanos y de los Pueblos <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/#27>.

todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 5, que tras recibir una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el Comité podrá solicitar medidas provisionales necesarias para evitar daños irreparables a la víctima o las víctimas.

La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, en el artículo 13, establece que todo Estado Parte velará porque toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

En el accionar del Comité de los Derechos del Niño, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño* relativo a un procedimiento de comunicaciones, establece en el artículo 6, que el Comité, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para que este la estudie con urgencia, la solicitud de que adopte las medidas provisionales que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación. El hecho de que el Comité ejerza la facultad discrecional que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no entrañará juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.³¹⁵

En el ámbito del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, en el artículo 10, se señala que el Comité aprobará su propio reglamento. En éste, en el artículo 94 se establece que el Comité podrá

³¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf.

informar al Estado la adopción de medidas provisionales para evitar posibles daños irreparables a la persona o personas que se sustenten como víctimas de la alegada violación. Al realizar lo anterior, el Comité informará al Estado que las medidas provisionales no prejuzgan sobre su opinión final o sus recomendaciones³¹⁶.

En lo tocante al Comité contra la Desaparición Forzada, éste puede establecer su propio Reglamento, de acuerdo al artículo 26 de la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, en el señalado instrumento de acuerdo al artículo 31, se señala que en cualquier momento tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una decisión sobre el fondo, el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud de que adopte las medidas cautelares necesarias con miras a evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

En lo tocante al Comité de Derechos Humanos, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* señala en el artículo 42, que el Comité aprobará su propio reglamento, en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos, el artículo 92³¹⁷ indica que el Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado parte interesado, comunicar a ese Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada. En tal caso, el Comité informará al Estado parte interesado de que esa expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ninguna decisión sobre el fondo de la

³¹⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/>.

³¹⁷ El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado parte interesado, comunicar a ese Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada. En tal caso, el Comité informará al Estado parte interesado de que esa expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ninguna decisión sobre el fondo de la comunicación.

comunicación³¹⁸.

En el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, se establece que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el artículo 4, que dicho Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación. Asimismo, se establece que el ejercicio por parte del Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del artículo en mención, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

En el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en el artículo 5 sobre medidas provisionales señala lo siguiente:

“1. Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.”

En el ámbito de la Corte Penal Internacional, las medidas provisionales se encuentran previstas en el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en el artículo 57, 3, que establece que además de otras funciones que le confiere el Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá: recabar la cooperación de los Estados con arreglo al párrafo 1 j) del artículo 93 para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas. Asimismo, del contenido del artículo 93, relativo a otras formas de cooperación, se indica que los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto y con los procedimientos de su derecho interno, deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o

³¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Reglamento del Comité de Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>.

enjuiciamientos penales a fin de: j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas.

De lo anterior, se advierte que las medidas provisionales o denominadas cautelares en algunos casos, poseen un efecto vinculante, en el derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, el alcance que han tenido en el sistema europeo y americano de derechos humanos es de mayor amplitud en razón del carácter complementario de la jurisdicción, que otras instancias no tienen.

2.4.- La supervisión de cumplimiento

De acuerdo a lo establecido en los artículos 33³¹⁹, 62.1³²⁰, 62.3³²¹ y 65³²² de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 30³²³ del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 69³²⁴ del

³¹⁹ Artículo 33.- Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

³²⁰ Artículo 62.- 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

³²¹ Artículo 62.- 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, o por convención especial.

³²² Artículo 65.- La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su fallos.

³²³ Artículo 30 Informe a la Asamblea General de la OEA.- La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

³²⁴ Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones.

Respecto de este punto, Sergio García Ramírez opina lo siguiente:

“...una vez que la Corte ha adoptado una resolución no puede ni debe desentenderse de su ejecución por parte del Estado y a favor de la víctima. Esa ejecución, ese cumplimiento del deber que emana de la Convención de la resolución judicial, es indispensable para que haya justicia en el caso concreto. Esta sería ineficaz, ilusoria, si quedase a la voluntad del Estado ejecutar las decisiones de la Corte o abstenerse de hacerlo.

(...)

Hay diversos medios para controlar el cumplimiento de los fallos de un tribunal. En el ámbito interno, es frecuente que se ordene a las autoridades ejecutivas o administrativas la ejecución forzada de las sentencias, cuando no se logra el cumplimiento espontáneo. Este método es ajeno al orden internacional, por razones evidentes. Aquí es preciso valerse de otros medios que conduzcan al cumplimiento. En el sistema europeo la inducción al cumplimiento corresponde a un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Este último “mecanismo” no existe en el sistema interamericano, aun cuando la previsión contenida en el artículo 65 citado adelante el cambio hacia la gestión política como en el caso europeo- para la ejecución de las sentencias. No se dice, sin embargo, cuáles pudieran ser las consecuencias del incumplimiento. La Asamblea General de la Organización ha hecho notar a los Estados el carácter vinculante de las resoluciones de la Corte y la necesidad de proveer a su cumplimiento.”³²⁵

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en nuestra opinión, con base en la práctica de la Corte Interamericana, la supervisión de cumplimiento se entiende como la facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana; lo cual conlleva la obligación de los Estados de cumplir con las decisiones emitidas por dicho órgano jurisdiccional y

informes que considere oportunos. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

³²⁵ García, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 72-73.

que debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia.³²⁶

El cumplimiento de las sentencias es la materialización de la justicia para el caso concreto.³²⁷

La obligación de cumplir las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe.³²⁸

El control de convencionalidad posee un importante rol en el cumplimiento o implementación de la sentencia de la Corte, lo cual se traduce en que no sólo se debe tener en cuenta la Convención, sino también la interpretación que la Corte ha hecho de la misma.³²⁹

2.5.- Grado de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Existe un bajo porcentaje de cumplimiento de las sentencias, ya que entre las resoluciones concluidas que se han declarada cumplidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que las mismas llegan a veinticinco, entre las que se encuentran el *caso Acosta Calderón vs Ecuador, resolución de fecha 7 de febrero de 2008*; el *caso Suárez Peralta vs Ecuador, resolución de fecha 28 de agosto de 2015* y el *caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador, resolución de 23 de junio de 2016*, entre otras.

³²⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2005 Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

³²⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013 Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

³²⁸ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013 Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de noviembre de 2009, caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia.

³²⁹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 21 de agosto de 2014, supervisión de cumplimiento de sentencia casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros.

Asimismo, se observa un grave problema en el cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados, consistente en que en el ámbito interno, a pesar de existir una sentencia protectora se continúan aplicando en ciertos casos excepciones para el cumplimiento de las sentencias tal como se ilustra en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la supervisión de cumplimiento, de acuerdo a lo siguiente:

1.- *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú, de 3 de mayo de 2008*, en el cual la Tercera Sala de El Callao declaró fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal en contra del acusado de la muerte de los hermanos Gómez Paquiyauri. Cuestión que se repitió en el *caso Las Palmeras vs Colombia de 3 de febrero de 2010*.

2.- *Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, de 23 de noviembre de 2012*, en el que la Corte Interamericana señaló que el Estado no podía oponer como justificación de su incumplimiento una decisión de un tribunal interno, aun cuando se tratase del tribunal de más alta jerarquía, que hubiese declarado inejecutable el fallo.

3.- Una situación similar sucedió en la resolución de 20 de marzo de 2013, del *caso Gelman vs Uruguay*, en el cual la Suprema Corte de Justicia de Uruguay señaló en su fallo de 22 de febrero de 2013, que las decisiones de inconstitucionalidad únicamente tienen efectos de inaplicabilidad para la parte que lo solicita, considerando que de acuerdo al ordenamiento constitucional y legal de Uruguay no se instituye un deber de las autoridades judiciales de considerar como precedentes judiciales los fallos de los órganos interamericanos.

4.- *Casos Masacres de Río negro y Gudiel Álvarez vs Guatemala, de 21 de agosto de 2014*, en los cuales Guatemala señaló que se encontraban pendientes de resolver consultas internas que definieran si el Estado debía cumplir las sentencias.

Por lo que hace al incumplimiento, la medida que toma la Corte es aplicar el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece lo siguiente:

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

Es decir, el tribunal en la aplicación de este artículo debe determinar el grado de cumplimiento de sus decisiones, especialmente, respecto de las reparaciones, para determinar si procede informar a la Asamblea General los casos en que un Estado responsable no les haya dado el debido cumplimiento.³³⁰

En su labor de allegarse de información, la Corte solicita información al Estado respecto de las actividades encaminadas al cumplimiento de la sentencia; así como el solicitar a la Comisión y a las víctimas sus observaciones. A efecto de determinar si hubo cumplimiento o no, para orientar las acciones estatales para dicho fin y, en su caso, informar a la Asamblea General en los términos del artículo 65. Para ello, la Corte Interamericana incluirá en su informe anual el caso incumplido y lo someterá a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Finalmente, una vez incluido el reporte en el informe y después de su sometimiento a la Asamblea General, la Corte podrá seguir requiriendo al Estado que continúe presentando información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva cuando lo considere pertinente. Si con posterioridad a lo anterior el Estado no acredita ante la Corte el cumplimiento de los puntos de la Sentencia pendientes de acatamiento, ésta continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General, a menos que el Estado, el representante o la Comisión acompañen información sobre la implementación y cumplimiento de la Sentencia, aspectos sobre los cuales el Tribunal valorará la pertinencia de pronunciarse al respecto.

³³⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

En el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, la *Carta de las Naciones Unidas* en el artículo 94 señala que cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. En caso de que una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, la *Convención Europea de Derechos Humanos*, indica en el artículo 46, referente a la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias, que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité.

Si el Comité considera que una Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y, por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1.

Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación

alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

En el caso de la Corte Africana, se observa que en el *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, de acuerdo al artículo 30, relativo a la ejecución de las sentencias, los Estados Partes del Protocolo se comprometen a cumplir con la sentencia en cualquier caso en el cual sean partes dentro del tiempo estipulado por la Corte Africana y a garantizar su ejecución. En el caso de incumplimiento, el Protocolo prevé, en el artículo 31, que la Corte rendirá un informe a la Asamblea de la Organización para la Unidad Africana, en el cual especificará los casos en los cuales un Estado no haya cumplido con la sentencia dictada por la Corte. Asimismo, conforme al artículo 8 del Protocolo, el propio tribunal puede establecer las reglas para considerar los casos de los que conozca. En dichas reglas, se observa, que la número 64 indica que será el Consejo Ejecutivo de la Organización para la Unidad Africana, la instancia encargada de monitorear la ejecución de las sentencias por parte de la Asamblea.

En el ámbito del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 9

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 18 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 8, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.”

Se observa que el Comité posee facultad para supervisar el cumplimiento que el Estado ha dado a su investigación. Sin embargo, no existe algún mecanismo que

obligue al Estado a cumplir con dicha investigación³³¹, más allá del conocido principio *pacta sunt servanda*.

Por lo que hace a la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, en el artículo 22 se establece que los Estados partes de ese instrumento reconocen la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. En el Reglamento del Comité contra la Tortura, el artículo 120, referente a las conclusiones del Comité, establece lo siguiente:

“Artículo 120 Procedimiento de seguimiento

1. El Comité designará uno o más relatores especiales para el seguimiento de las decisiones aprobadas en virtud del artículo 22 de la Convención, a fin de conocer las medidas que adopten los Estados partes para dar efecto a las conclusiones del Comité.”

Para el caso de este Comité, se observa como novedad la posibilidad de designar dos relatores para conocer las medidas adoptadas por el Estado. Sin embargo, de igual modo, no se desprende algún mecanismo que obligue al Estado a cumplir con dichas determinaciones más allá del principio *pacta sunt servanda*.

Por lo que hace al Comité de los Derechos del Niño, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones*, señala lo siguiente:

“Seguimiento de los dictámenes del Comité y de los acuerdos de solución amigable Artículo 28

³³¹ Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Artículo 91.- Obligaciones de conformidad con el artículo 11 del Protocolo Facultativo. 1. El Comité señalará la atención del Estado parte interesado su obligación de conformidad con el artículo 11 del Protocolo Facultativo de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación por ponerse en comunicación con el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo. 2. Cuando el Comité reciba información fidedigna de que un Estado parte no ha cumplido con su obligación de conformidad con el artículo 11, podrá invitar al Estado parte interesado a presentar explicaciones o declaraciones por escrito para esclarecer la cuestión y describir cualquier otra medida que adopte para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el artículo 11.

1. *A la mayor brevedad, y en un plazo de seis meses a partir de la transmisión del dictamen del Comité sobre una comunicación o de su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable, el Estado parte presentará por escrito al Comité una respuesta en la que incluirá información sobre las medidas adoptadas, cuando proceda, a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité o del acuerdo de solución amigable.*
2. *Una vez transcurrido el plazo de seis meses indicado en el párrafo 1 del presente artículo, el Comité podrá invitar al Estado parte de que se trate, al autor o los autores o a cualquier otra parte interesada, a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado parte haya adoptado en respuesta al dictamen o las recomendaciones del Comité, o al acuerdo de solución amigable.*
3. *El Comité transmitirá, por conducto del Secretario General, la información recibida del Estado parte al autor o los autores de la comunicación.*
4. *El Comité podrá solicitar al Estado parte que incluya información sobre las medidas adoptadas en respuesta a su dictamen, sus recomendaciones o su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.*
5. *El Comité designará, para el seguimiento de los dictámenes o las decisiones por las que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable, de conformidad con el artículo 11 del Protocolo, a un relator o grupo de trabajo para que verifique las medidas adoptadas por el Estado parte para dar efecto a su dictamen, sus recomendaciones o su decisión por la que se dé por concluido el examen de la comunicación a raíz de un acuerdo de solución amigable.*
6. *El relator o grupo de trabajo podrá establecer los contactos y adoptar las medidas que considere pertinentes para el debido desempeño de sus funciones, y recomendará al Comité la adopción de las medidas complementarias que sean necesarias.*
7. *El relator o grupo de trabajo, además de hacer declaraciones por escrito y de reunirse con representantes debidamente acreditados del Estado parte, podrá recabar información del autor o los autores de las comunicaciones y de otras fuentes pertinentes.*
8. *El relator o grupo de trabajo informará al Comité sobre las actividades de seguimiento en cada uno de los períodos de sesiones del Comité.*
9. *El Comité incluirá información sobre las actividades de seguimiento y, cuando corresponda, un resumen de las explicaciones y declaraciones del Estado parte de que se trate y las propias sugerencias y recomendaciones del Comité en el informe previsto en el artículo 44, párrafo 5, de la Convención y el artículo 16 del Protocolo.”*

Por lo que hace a este Comité, se observa que existe la posibilidad de celebrar acuerdos solución amistosa, como en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de poseer la facultad de dar seguimiento a sus recomendaciones.

En lo concerniente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, el artículo 14, indica lo siguiente:

“b) El Comité presentará al Estado parte interesado y al peticionario sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere.

8. El Comité incluirá en su informe anual un resumen de tales comunicaciones y, cuando proceda, un resumen de las explicaciones y declaraciones de los Estados parte interesados, así como de sus propias sugerencias y recomendaciones.”

De lo anterior, se aprecia que no existe un mecanismo de coerción hacia el Estado para que cumpla con las recomendaciones del Comité, tal como ocurre con los Comités previamente analizados.

En lo tocante al Comité contra la Desaparición Forzada, en su Reglamento se señala lo siguiente:

“Artículo 79 Seguimiento del dictamen del Comité

4. El Comité designará, para el seguimiento del dictamen, un relator o un grupo de trabajo que se encargará de verificar las medidas adoptadas por los Estados partes para dar efecto al dictamen y las recomendaciones del Comité.”

El Comité de Derechos Humanos en su Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 101

1. El Comité designará un relator especial para el seguimiento del dictamen aprobado en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, a fin de cerciorarse de que los Estados partes han tomado medidas para dar efecto al dictamen del Comité.”

Por su parte el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 75

4. El Comité designará, para el seguimiento de los dictámenes aprobados en virtud del artículo 5 del Protocolo facultativo, un Relator Especial o un grupo de trabajo que comprueben que los Estados partes han adoptado medidas para dar efecto a los dictámenes.”

Por lo que hace al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Reglamento provisional en virtud del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* establece lo siguiente:

“Artículo 18

5. El Comité designará, para el seguimiento del dictamen de conformidad con el artículo 9 del Protocolo Facultativo, un relator o un grupo de trabajo que deberán verificar las medidas adoptadas por los Estados partes para dar efecto a los dictámenes o a las recomendaciones del Comité o a las decisiones de este por las que se ponga fin al examen de una comunicación una vez que se haya llegado a una solución amistosa.”

De los Comités antes señalados, se aprecia un alcance limitado para la supervisión de cumplimiento de sus recomendaciones, quedando supeditado a la información que dé el Estado, por lo que se puede señalar que la voluntad del Estado juega un importante papel en esos Comités, contrario a lo que ocurre en los casos de las cortes regionales protectoras de derechos humanos, donde en Europa se encuentran mayores controles de supervisión y presión para su cumplimiento, en tanto en América se cuenta con un sistema débil que permite a los Estados alargar los cumplimientos de manera prolongada.

En el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* se indica lo siguiente:

“Artículo 106

1. La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”

De la supervisión de la Corte Penal Internacional se desprende que se limita a que ejecución de la pena privativa de la libertad sea conforme a las convenciones internacionales sobre el tratamiento de reclusos.

De la supervisión de cumplimiento, se observa una cuestión parecida a aquella de las medidas provisionales, toda vez que las Cortes Americana y Europea adjudican un mayor alcance a la supervisión que lo que hacen otras instancias, al otorgarle valor vinculante aun cuando algún Estado no haya sido parte de la disputa. Ello es así, ya que de forma general se puede señalar que, en ambos casos, la fuerza vinculante de sus decisiones, proviene del carácter complementario o subsidiario, consagrado en sus respectivos tratados regionales, como ya quedó señalado, asimismo, de forma particular, en el caso de la Corte Interamericana por virtud del control de convencionalidad, en tanto para la Corte Europea deriva de la resolución 1226 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, como se verá más adelante, situación que no acontece en el ámbito de las otras instancias analizadas.

3.0.- El caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por lo que hace a las actividades que son propias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta ejerce también una interpretación de la Convención Americana como en el caso de los acuerdos de solución amistosa y los trámites de peticiones individuales. En dicho ejercicio interpretativo, para el caso de los acuerdos de solución amistosa, puede llegar a alejarse de la interpretación de la Corte Interamericana, un ejemplo de ello se observa en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 24 septiembre de 1999 (Competencia)*, en el cual la Corte sostuvo que la solución internacional de casos de derechos humanos no admite analogías con la solución pacífica de controversias de la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que los Estados no pueden pretender contar con la misma discrecionalidad en el ámbito regional de derechos humanos que gozan en el contexto de la Corte Internacional.

Sin embargo, a pesar de lo antes señalado, la Comisión Interamericana ha dado su visto bueno en acuerdos de solución amistosa en los cuales las partes pueden transigir sobre cualquier tipo de derecho, desde los no absolutos, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la salud, el derecho a

la propiedad, entre otros, hasta aquellos de carácter absoluto, conocidos como normas *ius cogens*, como lo serían las desapariciones forzadas, la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la discriminación y el acceso a la justicia.

Con lo cual, la Comisión parece haber adoptado el criterio de la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que en la práctica las reglas de derecho internacional, mediante acuerdo, pueden ser derogadas en casos particulares o entre particulares.³³²

Lo cual nos conduce a la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es decir, sobre su legalidad, en el trámite de peticiones individuales, al efecto cabe recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo siguiente:

“115.- ...la Corte tiene la atribución de efectuar un control de legalidad de las actuaciones de la Comisión, lo que no supone necesariamente revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante ésta, salvo en caso de que exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes.”³³³

También, la Corte Interamericana indicó que:

55.- Asimismo, el Tribunal reitera lo expresado en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, en el cual el Estado en su momento alegó como excepción preliminar que su derecho de defensa habría sido vulnerado, por cuanto la Comisión “concluyó otras violaciones diferentes a aquéllas por las cuales fue admitido el caso”. En dicho caso la Corte señaló que las consideraciones de la Comisión respecto de presuntas violaciones de la Convención Americana no son de obligatorio acatamiento para la Corte. Asimismo, en el caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela, la Corte indicó que “las decisiones de inadmisibilidad que realiza la Comisión basadas en el artículo 47 letras b) y c) de la Convención son calificaciones jurídicas prima facie, que no limitan la competencia de la Corte para pronunciarse sobre un punto de derecho que ha sido analizado por la Comisión sólo de forma preliminar”.³³⁴

³³² Plataforma Continental del Mar del Norte, Sentencia de 20 de febrero de 1969.

³³³ Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

³³⁴ Furlan y Familiares vs Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Finalmente, respecto del control de legalidad del procedimiento ante la Comisión que ejerce la Corte Interamericana, la última sostuvo que resultaba incompatible el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado con la renuncia de la excepción, de conformidad con lo siguiente:

“54. ...En el presente caso, Colombia expresamente renunció al carácter de excepción preliminar de estos alegatos, lo cual además, en las circunstancias actuales del caso, resultaría incompatible con el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado. Por tanto, la Corte considera que no procede la presente solicitud del Estado.”³³⁵

De lo antes señalado, se puede concluir que al ser la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una instancia autónoma, significa que es independiente y puede llegar a interpretaciones divergentes a aquellas señaladas por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, tal como quedó apuntado el caso sobre los acuerdos de solución amistosa en los cuales la Comisión ha seguido el criterio del derecho internacional establecido por la Corte Internacional de Justicia, sin embargo sus facultades son objeto de control de legalidad por parte de la Corte, por lo que puede coincidir o no con la Corte.

4.0.- Comparación entre las opiniones consultivas y las sentencias en el Derecho Internacional. Semejanzas y Diferencias

En este aspecto, cabe aclarar que este apartado se centrará mayoritariamente en las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ya que ni los Comités de Naciones Unidas ni la Corte Penal Internacional emiten opiniones consultivas. En el caso de los Comités de Naciones Unidas, si bien no emiten sentencias, emiten recomendaciones, como quedó apuntado en el apartado de los Comités, sus resultados al resolver las quejas, solo vinculan al Estado, no así a otros Estados distintos a los de la comunicación.

La cuestión de las sentencias de la Corte Interamericana puede señalarse que se encuentran previstas en el artículo 68 de la Convención Americana, los Estados

³³⁵ Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Por su parte el artículo 64 de la Convención Americana, señala que los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que le compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Asimismo, la Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Por su parte en el *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* si bien cuenta con la facultad de emitir opiniones consultivas, conforme al artículo 4, las opiniones en su mayoría han sido desechadas, hay algunas pendientes y solo ha dado su opinión en una³³⁶, por lo menos hasta la fecha de elaboración del presente trabajo.

Del contenido del artículo 4, del *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* se advierte que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos puede emitir una opinión sobre cualquier materia legal referente a la Carta o a cualesquiera otros instrumentos de derechos humanos, siempre que la materia objeto de consulta no se relacione con algún asunto que esté siendo examinado por la Comisión Africana. Asimismo, de sus sentencias no se advierte que se desprenda alguna manifestación sobre el carácter de la misma, además de que también la mayoría de sus asuntos han sido declarados inadmisibles, lo cual deja un margen casi nulo de análisis de las mismas, en cuanto a la materia del presente trabajo, para el efecto vinculante. De

³³⁶ Solicitud de Opinión Consultiva del Comité Africano de expertos en derecho y bienestar del niño sobre el derecho al ius standi de dicho Comité ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

igual modo, del Protocolo de la Carta Africana previamente señalado, el artículo 30, conforme al cual los Estados partes se comprometen a cumplir con la sentencia en cualquier caso en el cual sean partes dentro del tiempo estipulado por la Corte y a garantizar su ejecución.

Por lo que hace a las sentencias emitidas por la Corte Penal Internacional se advierte que las sentencias en donde se decreta la privación de la libertad deben ser acatadas por los Estados que sean designados sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados, de acuerdo al artículo 105 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme a lo siguiente:

“Artículo 105

Ejecución de la pena

1. Con sujeción a las condiciones que haya establecido un Estado de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 103, la pena privativa de libertad tendrá carácter obligatorio para los Estados Partes, los cuales no podrán modificarla en caso alguno.

2. La decisión relativa a cualquier solicitud de apelación o revisión incumbirá exclusivamente a la Corte. El Estado de ejecución no pondrá obstáculos para que el condenado presente una solicitud de esa índole.”

En el ámbito Europeo, si bien la Corte cuenta con la facultad de emitir opiniones consultivas, de acuerdo a los artículo 47 a 49 de la Convención Europea de Derechos Humanos, las mismas han sido muy limitadas, ya que el Comité de Ministros era el único facultado para solicitar las opiniones. Esto se ha terminado con la aprobación del protocolo 16 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ya que el mismo señala, en su artículo 5 que las opiniones consultivas no serán vinculantes³³⁷.

Sin embargo, con relación a las opiniones consultivas de la Corte Europea, en el reporte explicativo del Protocolo 16 de la Convención para la Protección de los

³³⁷ Consejo de Europa, reporte explicativo del Protocolo 16 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, respecto del artículo 5, se dice que dicho numeral establece que las opiniones consultivas no serán vinculantes. Las opiniones tienen lugar en el contexto del diálogo judicial entre la Corte y los tribunales domésticos. De acuerdo a lo anterior, el tribunal requirente decide sobre el efecto de la opinión en el procedimiento doméstico. El hecho de que la Corte proporcione una opinión sobre una cuestión que surja en el contexto de un caso pendiente ante un tribunal de una de las Altas partes contratantes no impedirá que una parte de ese caso, subsecuentemente, ejerciten esos derechos de aplicación individual, bajo el artículo 34 de la Convención.

Por ejemplo, podrán llevar el caso ante la Corte, sin embargo, cuando una solicitud sea hecha después de que los procedimientos, en los que una opinión consultiva de la Corte ha sido efectivamente seguida, se espera que los elementos de la solicitud que se relacionen con las cuestiones de la opinión sean declaradas inadmisibles o desechadas. Las opiniones consultivas reguladas por el Protocolo 16 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales no tendrán efecto directo respecto de solicitudes posteriores. Sin embargo, formarán parte del derecho de casos de la Corte, junto con sus sentencias y decisiones. La interpretación de la Convención y los Protocolos contenidos en dichas opiniones consultivas será análoga en sus efectos para los elementos de interpretación señalados por la Corte en sus sentencias y decisiones³³⁸.

Por lo que hace a las sentencias emitidas por la Corte Europea, la Convención Europea de Derechos Humanos señala en el artículo 46 la fuerza vinculante de las sentencias de la cual sean integrantes las Partes. Sin embargo, de acuerdo a la *resolución 1226 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos*, las decisiones de la Corte Europea no sólo poseen efecto vinculante entre las partes de la disputa, sino que deben tomar en consideración las posibles

³³⁸ *Idem.*

implicaciones de los juicios pronunciados en otros casos. De acuerdo a lo siguiente:

“3.- El principio de solidaridad implica que el derecho de caso de la Corte forma parte de la Convención, con lo que se extiende la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (para todas las partes). Esto significa que los Estados partes no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en los cuales fueron partes, sino que también deben tomar en cuenta las posibles implicaciones de las sentencias pronunciadas en otros casos que podrían tener para su sistema legal y su práctica legal.”³³⁹

De la comparación del carácter de las opiniones consultivas de las instancias previamente señaladas se puede observar que la Corte Europea de Derechos Humanos considera las mismas como parte de la interpretación en un sentido análogo a sus sentencias y decisiones, es decir, es vinculante. Cuestión que no se observa en los demás ámbitos. Por lo que, resulta conveniente observar si al igual como ocurre en la Corte Europea, las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana poseen un efecto vinculante aún para las partes que no formaron parte de la sentencia. De probarse lo anterior, dejaría ver que dentro del universo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional general, dos instancias, la europea y la americana, llevan un mismo camino en cuanto al valor vinculante de sus decisiones.

Como punto de partida realizaremos, en primer término, una comparación entre las opiniones consultivas y las sentencias en el Derecho Internacional. Destacando sus semejanzas y diferencias, tomando como punto de partida, para nuestra comparación, lo que caracteriza tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias.

4.1.-El contenido de las opiniones consultivas como guía para la actuación

Siguiendo el criterio utilizado por la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania de 30

³³⁹ Resolución 1226 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16834&lang=en>.

Marzo de 1950, Jo M. Pasqualucci indica *que una opinión consultiva es una explicación respecto de una pregunta o una cuestión, con autoridad pero que no resulta vinculante.*³⁴⁰

Entre las diferencias de un procedimiento consultivo y uno contencioso Pasqualucci señala las siguientes:

*“Los procedimientos consultivos tienden menos a la confrontación que en los casos contenciosos, ya que los Estados no son partes y no deben defenderse contra cargos formales. Un Tribunal no posee la autoridad, bajo su jurisdicción consultiva, para ordenar sanciones o imponer deberes u obligaciones a ningún Estado. A pesar de que una opinión consultiva no puede crear obligaciones legales, posee autoridad moral respecto de los Estados. Como lo señaló el Juez Bustamante, existe una segunda diferencia de capital importancia entre una opinión consultiva y un juicio de la Corte, se refiere, principalmente, a que la primera no es de ningún modo vinculante entre aquellos interesados, ya que la opinión dada solamente posee autoridad moral, mientras que la segunda impone a las partes una obligación legal de cosa juzgada. De tal modo, que una opinión consultiva tendrá más influencia y autoridad que un juicio en un caso contencioso, y afectará la interpretación general del derecho internacional para todos los Estados, en vez de solo a las partes en el caso individual. Una opinión consultiva, por lo tanto, debe animar en vez de compeler un curso de acción.”*³⁴¹

Asimismo, la autora de mérito señala que la jurisdicción para rendir una opinión consultiva no requiere que los Estados la acepten. La utilidad de las opiniones consultivas en el derecho internacional es ampliamente aceptada. Contribuyen a la consolidación de un derecho común internacional. También proporcionan una alternativa no controversial para la solución de ciertas disputas internacionales³⁴².

Por su parte Mahasen M. Aljaghoub indica que las opiniones consultivas no son vinculantes en el sentido de la cosa juzgada y la doctrina del *stare decisis* no es aplicable.³⁴³

³⁴⁰ Pasqualucci, Jo. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, United States of America, Cambridge University Press, 2003, p.29.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

³⁴² *Ibidem*, p.31.

³⁴³ Aljaghoub, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Alemania, Springer, 2006, p. 117.

Para Thirlway la esencia de la opinión consiste en que es determinante, por lo siguiente:

“...expresa la opinión de la Corte en principios y reglas internacionales relevantes, pero no obligan a ningún Estado, ni siquiera al organismo que solicita la opinión, para tomar o evitar cualquier tipo de acción. La decisión, clara en la teoría, lo es menos en la práctica, si la Corte refiere, por ejemplo, que una cierta obligación existe, el Estado sobre el cual se dice recae, no está obligado a aceptar dicha opinión, pero estaría en una posición débil si busca discutir que la opinión considerada de la Corte no represente una visión correcta del derecho.”³⁴⁴

De igual modo, el autor en comento señala que mientras se reconoce la naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas, bajo ciertas circunstancias denominadas opiniones compulsivas, las opiniones consultivas son vistas como vinculantes, ya que han sido descritas como un esfuerzo por sobrellevar la incapacidad procedimental de las organizaciones ante la Corte. Este sistema de opiniones compulsivas se basa en la aceptación de las partes de un acuerdo a una obligación para solicitar una opinión consultiva en ciertas circunstancias y para actuar de conformidad con dicha opinión.³⁴⁵

Aljaghoub es de la opinión siguiente:

“La autoridad de la Corte no depende de la naturaleza vinculante o no de sus opiniones o de sus sentencias. En vez de ello, deriva de la manera en la que desarrolla persuasiva y conscientemente el campo de sus obligaciones para proporcionar la guía legal necesaria que permita a los órganos requirentes para llevar a cabo sus objetivos. Consecuentemente, la opinión tendrá autoridad una vez que haya cumplido su propósito de proporcionar guía para el órgano requirente y pueda ser utilizada para una acción futura en el campo específico.”³⁴⁶

Aljaghoub indica que se debe enfatizar que el razonamiento de la Corte en los casos consultivos juega un rol considerable en la autoridad de sus opiniones. Si un caso contencioso o consultivo de la Corte representa la conclusión legal

³⁴⁴ Thirlway, Hugh, *The International Court of Justice*, en Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, Great Britain, Oxford University Press, 2003, p. 582.

³⁴⁵ Aljaghoub, Mahasen M., *The Advisory Function...*, *cit.*, p. 117.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 119.

concerniente a la situación que encara, su peso es el mismo en ambos casos. No existen dos modos de declarar el derecho.³⁴⁷

De igual modo, Aljaghoub indica que la función consultiva se diseñó para asistir a los órganos de las Naciones Unidas en el descargo de sus funciones y para guiar su curso futuro de acción mediante opiniones con autoridad basadas en el Derecho. Consecuentemente, se espera que una opinión consultiva provea una formulación concreta del Derecho aplicable para una situación que encare la organización. De tal suerte que las opiniones consultivas de la Corte efectúan una considerable contribución, no solo para el accionar de las organizaciones internacionales, sino también para el avance del derecho y la disciplina legal.³⁴⁸

Un criterio similar, es aquel que se observa sostiene Shiv Bedi, de acuerdo a lo siguiente:

“Existen dos grandes diferencias entre los casos consultivos y los contenciosos. En primer lugar, las opiniones dadas por la Corte son netamente recomendaciones no vinculantes, mientras que las sentencias en los casos contenciosos poseen fuerza vinculante entre las partes. En segundo lugar, solamente organizaciones internacionales autorizadas pueden requerir una opinión de la Corte. Los casos contenciosos pueden ser llevados ante la Corte por cualquier Estado parte del Estatuto del mismo, al igual que a otros Estados. Por lo tanto, una opinión no puede ser solicitada por un Estado y, un caso contencioso no puede ser interpuesto por una organización internacional...De acuerdo al juez Lachs, se ha sostenido que las opiniones consultivas son algunas veces más importantes que los juicios en las relaciones internacionales debido a que su naturaleza persuasiva de consulta es frecuentemente superior a la fuerza y a la coerción.”³⁴⁹

En opinión de Alonso Gómez-Robledo Verduzco, las opiniones consultivas poseen fuerza de derecho por lo siguiente:

“Así pues las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana, además de poseer un gran valor tanto por el órgano que los dicta, como por la precisión y puntualización que realizan en cuanto al alcance del derecho

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 120.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 240.

³⁴⁹ Bedi, Shiv R S, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Great Britain, Hart Publishing, 2007, p. 77-78.

interamericano, podríamos decir que poseen además force de droit en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos..."³⁵⁰

El carácter de guía de las opiniones consultivas, fue señalado por la Corte Internacional de Justicia desde 1950, en su opinión consultiva denominada *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en el criterio de mérito se sostuvo que el objeto de esa solicitud era guiar a las Naciones Unidas respecto de su propia acción.

Además del asunto anterior, se pueden encontrar como ejemplos del carácter de guía de las opiniones consultivas, en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, lo establecido en 1975, en la opinión consultiva relacionada al *Caso Relativo al Sahara Occidental*, en la cual se estableció que el objeto de una solicitud de opinión es para guiar a las Naciones Unidas respecto de sus propias acciones.

El señalado carácter de guía de las opiniones consultivas se volvió a mencionar en 1989, en el caso sobre la *Aplicabilidad de la Sección 22 del Artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, en la que se indicó que la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones legales permitía a las entidades de las Naciones Unidas buscar una guía, con el objetivo de conducir sus actividades conforme a derecho.

Finalmente, en 2004, en la opinión denominada *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte Internacional de Justicia señaló que las opiniones consultivas tenían el propósito de proveer a los órganos solicitantes de los elementos necesarios para su actuar. Recordando al mismo tiempo, su opinión emitida en 1950, ya referida, en el sentido de que el objeto de la opinión consultiva es guiar a las Naciones Unidas en su actuar.

4.2.- Las sentencias y las opiniones consultivas en su carácter de fuente de derecho internacional como parte de las decisiones judiciales

³⁵⁰ Gómez-Robledo, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, México, UNAM-Porrúa, 2000, p. 45-46.

Como quedo señalado al comienzo del presente capítulo, se observa que conforme al artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, las decisiones judiciales son una de las fuentes del derecho internacional.

El Estatuto no distingue entre las sentencias y las opiniones consultivas, en cuanto a que unas sean decisiones judiciales y otras no. Por lo que se puede dar por hecho que tanto las sentencias como las opiniones consultivas, en efecto, son decisiones judiciales. Cabe recordar que el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* al establecer las fuentes del Derecho Internacional, lo hace de forma general. Las razones para sostener esto, obedecen a que se trata de un cuerpo judicial como lo es la Corte Internacional de Justicia, por lo que ello trae aparejado que sus decisiones sean judiciales, ya que versan sobre cuestiones jurídicas, toda vez que, de acuerdo al artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma. Por otro lado, de acuerdo al artículo 68 del Estatuto de la Corte, en el ejercicio de su función consultiva, se guiará por las disposiciones del Estatuto que rijan en materia contenciosa, en la medida en que la propia Corte las considere aplicables. En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el inciso d, indica que la Corte aplicará las decisiones judiciales, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, el cual establece que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

A pesar de ello, en las opiniones consultivas no existe controversia, ni condena a reparaciones, carecen de fuerza vinculante ya que incluso el órgano que la requiere determina qué alcance otorgará a la utilidad de una opinión conforme a sus necesidades, como se observará más adelante.

Respecto del carácter de decisión judicial de las opiniones consultivas cabe recordar que en el denominado *Caso Relativo al Estatuto de Carelia Oriental*, de

fecha 23 de julio de 1923, la Corte Permanente Internacional de Justicia indicó lo siguiente:

“La Corte, siendo una Corte de Justicia, no puede, aún al dar opiniones consultivas, apartarse de las normas esenciales que guían su actividad como Corte.”

Lo anterior, fue reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el *caso de Camerún Septentrional, juicio sobre objeciones preliminares*, de fecha 2 de diciembre de 1963, al indicar lo siguiente:

“La Corte puede dar opiniones consultivas no mediante la solicitud de un Estado, sino a un órgano o agencia debidamente autorizado de las Naciones Unidas. Pero tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han recalcado el hecho de que la autoridad de la Corte en sus opiniones consultivas debe ser ejercida como una función judicial.”

La opinión precedente fue reafirmada también por la Corte Internacional de Justicia en las opiniones consultivas de 1 de febrero de 2012, sobre el *juicio número 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo sobre una queja presentada en contra del Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura*; así como en el caso denominado *Ciertos Gastos de las Naciones Unidas* de fecha 20 de julio de 1962.

4.3.- El carácter de fuente de Derecho Internacional atribuido a las opiniones consultivas

Karin Oellers-Frahm señala que las opiniones consultivas se crearon para la Corte Permanente Internacional de Justicia, para evitar un posible conflicto con la competencia contenciosa de la Corte. Por ello, la facultad para solicitar las opiniones consultivas recae en los organismos que no pueden ser partes en los casos contenciosos porque la función consultiva no puede sustituir la jurisdicción contenciosa.³⁵¹

³⁵¹ Oellers-Frahm, Karina, *Lawmaking Through Advisory Opinions?*, en Von Bogdandy Armin y Venzke Ingo (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Alemania, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, p. 70.

La idea de la facultad para resolver una opinión consultiva nace de la Convención de la Liga de las Naciones con relación a la Corte Permanente Internacional de Justicia. La idea explícita se establecía en el artículo 14, párrafo 3, consistía en la creación de medios adicionales para la solución pacífica de las controversias, de forma paralela a la solución judicial, enfocándose en las controversias interestatales y solo de un modo subsidiario sobre cuestiones legales abstractas. Los órganos facultados para solicitar una opinión consultiva eran el Consejo y la Asamblea.³⁵²

Por su parte, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia mantuvo la función consultiva de la Corte Permanente Internacional de Justicia, aunque de un modo más restrictivo, ya que la Carta de las Naciones Unidas establece que las opiniones consultivas se proporcionarán sobre cualquier cuestión legal, omitiendo la referencia a las disputas, como se incluía en la Convención de la Liga de las Naciones. Lo cual en opinión de la autora, no excluye las opiniones sobre las disputas entre los Estados, sin embargo, la Corte decidió que la función consultiva no podría ser utilizada para circunscribir la falta de aceptación de la jurisdicción de la Corte de parte de los Estados, lo que representa el principal peligro de la función consultiva.³⁵³

Al respecto, la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 96 establece lo siguiente:

“Artículo 96.-

1.- La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2.- Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan de la esfera de sus actividades.”³⁵⁴

³⁵² *Ibidem*, p. 71.

³⁵³ *Idem*.

³⁵⁴ López-Bassols, Hermilo, Derecho Internacional..., *cit.*, p. 273.

Este punto resulta relevante, toda vez que se observa que la estructura centralizada para llevar a cabo la interpretación adquiere la forma que describe Danilo Zolo, de acuerdo a lo establecido en el capítulo primero, lo cual monopoliza la función interpretativa y la limita de un modo jerárquico, pues la autorización para solicitar una opinión consultiva baja de la Asamblea y el Consejo a los demás órganos de las Naciones Unidas.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se observa, en el artículo 64 de la Convención Americana, que cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos puede realizar una consulta a la Corte no solo respecto de la interpretación de la Convención, sino también respecto de la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y decidir sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Además, los órganos de la Organización de los Estados Americanos pueden solicitar opiniones consultivas dentro de la esfera de sus respectivas competencias. Los Estados que soliciten un procedimiento consultivo pueden no ser incluso partes de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte³⁵⁵. Por lo que las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entran en la categoría de decisiones judiciales.

4.4.- El carácter vinculante de las opiniones consultivas y de las sentencias

Sin embargo, en el propio *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* se establece en su artículo 59, que la decisión de la Corte, en el caso de las sentencias, no son obligatorias sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Y para el caso de las opiniones consultivas, como ya quedó señalado, no poseen carácter vinculante, además, de que el órgano requirente decide la utilidad que le otorga a la misma.

³⁵⁵ Oellers-Frahm, Karina, *Lawmaking Through...*, *cit.*, p. 74.

A nivel regional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* señala en el artículo 68 que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

En ambos casos, es decir, del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* y de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, se observa que existe una disposición a nivel convencional similar en el sentido de que las decisiones compelen a las partes en disputa. Asimismo, se observa una ausencia, en los dos ordenamientos antes referidos, de alguna disposición normativa que haga mención al cumplimiento de las opiniones consultivas.

En ese sentido, si bien el Estatuto no hace mención a la vinculación de las sentencias y, mucho menos a las opiniones consultivas, habrá que observar lo señalado por la Corte Internacional de Justicia.

En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia ha destacado que sus opiniones consultivas carecen, por regla general, de fuerza vinculante, aunque la excepción a dicha normalidad se observó el 12 de julio de 1973, fecha en la cual, la Corte emitió la opinión consultiva denominada *Petición de Revisión del Fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, no sin antes recordar su obligación que como órgano judicial, le mantenía vinculada a continuar fiel a los requerimientos de carácter judicial al dar una opinión consultiva. Sin embargo, conforme al artículo 11, párrafo 3, del *Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización de las Naciones Unidas*, la opinión otorgada por la Corte es dar un efecto conclusivo con respecto a las cuestiones en litigio en ese caso no constituye ningún obstáculo a la respuesta de la Corte para la solicitud de opinión. Dicho efecto, es verdad, va más allá del alcance atribuido por la Carta y por el Estatuto de la Corte para una opinión consultiva. Resultado, sin embargo, no de la opinión consultiva en sí misma, sino de una provisión de un instrumento autónomo que la reviste de fuerza vinculante para los miembros del staff y el Secretario General, bajo el artículo XII del *Estatuto del Tribunal Administrativo* respecto de la opinión de la Corte es expresamente vinculante. En alusión a esta consecuencia la Corte, en el caso de la UNESCO, observó que eso, no afectaba el modo en el cual

la Corte funcionaba, lo que se determina por su Estatuto y sus Reglas. Tampoco afectaba el razonamiento mediante el cual la Corte forma su opinión o el contenido de la opinión en sí misma. En ese sentido, el hecho de que la opinión de la Corte sea aceptada como no vinculante no es motivo para que no se cumpla.

Fuera del caso excepcional anterior respecto al carácter vinculante de las opiniones consultivas, la generalidad indica que las opiniones consultivas carecen de dicho carácter.

En la opinión relativa al *Sahara Occidental*, de 16 de octubre de 1975, refirió lo siguiente:

“El consentimiento de los Estados partes de la disputa es la base de la jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente en el procedimiento consultivo aun cuando la solicitud de opinión se refiera a una cuestión legal que se encuentre pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte es solo de carácter consultivo, como tal no posee carácter vinculante... La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que está facultado para solicitarla, la respuesta de la Corte, por si misma es un órgano de las Naciones Unidas, representa su participación en las actividades de la organización, y, en principio, no debe reusarse.”

Con posterioridad, en la opinión consultiva conocida como *Aplicabilidad de la Sección 22 del Artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1989*, conforme a su párrafo 31, la Corte Internacional dijo que las opiniones eran consultivas, no vinculantes.

En la práctica la Corte Internacional de Justicia, en ejercicio de su función contenciosa, indica que sus decisiones no poseen fuerza vinculante sino entre las partes y respecto del caso particular, dicho primer criterio fue sustentado en el caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo* de 1978; posteriormente en el caso relativo a la *Plataforma Continental (República Árabe Libia/Malta)*, solicitud de permiso para intervenir, en 1984 al indicar que mediante el efecto del artículo 59 del Estatuto de la Corte, la sentencia sería vinculante solo entre las partes, pero sería relativa y no oponible a Italia, quien solicitaba permiso para ser parte del proceso. Enfatizó que en ese caso, el país europeo no estaría vinculado por las previsiones operativas del fallo, en ese sentido, la decisión no poseería fuerza

vinculante excepto entre las partes y respecto del caso particular. Lo cual se traduciría en que las indicaciones a que llegare la Corte Internacional no podrían ser invocadas por las partes en contra de terceros Estados. De igual modo, en el *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia) (Excepciones Preliminares)*, señaló en 2008, que cuando ambas partes en dicho caso citaron varias decisiones previas en apoyo a sus respectivos argumentos, ninguna de dichas decisiones habían sido dadas en procedimientos entre las dos partes del presente caso (Croacia y Serbia), las decisiones contenían conclusiones de derecho, la Corte las trataría, del modo en que atiende todas las decisiones previas, es decir, que en tanto, esas decisiones no son en ningún modo vinculantes para la Corte, no partiría de su jurisprudencia establecida, a menos de que se encontrase ante razones muy particulares para ello.

Como ha observado la Corte, no puede existir duda por parte de un Estado de la resolución alcanzada por la Corte en casos previos, las cuales no poseen efecto vinculante para esta, en tales circunstancias, la verdadera pregunta era, si, en ese caso, existía alguna causa para no seguir el razonamiento y conclusiones de casos previos. Asimismo, la Corte señaló que parecía que las partes citaban decisiones previas, que podían ser vistas como precedentes a seguir en casos comparables.³⁵⁶

Sin embargo, la Corte refirió que las cuestiones tratadas en el asunto respecto al status de la República Federal Yugoslava, en relación a las Naciones Unidas y al Estatuto de la Corte, se requería de razones de peso para que la Corte partiera de las conclusiones alcanzadas en decisiones previas. También señaló que para los propósitos de dicho asunto, las sentencias de 2004 - se trata de un conjunto de casos sobre la *Legalidad del Uso de la Fuerza* presentado por la República Federal Yugoslava contra diez miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, cuyas sentencias fueron dictadas por la Corte el 15 de diciembre de 2004, sustentando que no había a lugar a sostener las objeciones preliminares

³⁵⁶ *Caso relativo a la Frontera Terrestre y Marina entre Camerún y Nigeria.*

traídas por la República Federal Yugoslava, ya que carecía de capacidad como solicitante ante la Corte – no poseían fuerza vinculante de cosa juzgada, debido a que fueron dictadas en casos diferentes que no involucran a las mismas partes.

También, cabe recordar que la Corte señaló en el caso *sobre África Sudoccidental* de 1966, que esa instancia jurisdiccional no era un cuerpo legislativo, ya que su deber consistía en aplicar el derecho tal como lo encontraba.

De igual modo, la Corte señaló que los límites de su función judicial se encontraban definidos en el Estatuto, no estaban a la disposición de las partes, ni aún por medio de acuerdo ya que las reglas señaladas en dicha normativa legal eran obligatorios tanto para las partes como para la propia Corte, ello quedó señalado en el *Caso Controversia Fronteriza (Burkina Faso/Níger)*, de 16 de abril de 2013.

4.5.- El carácter de parámetro de las opiniones consultivas y de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional no ha señalado de forma explícita, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si sus opiniones consultivas y jurisprudencia son un parámetro de actuación para los solicitantes, sin embargo, en dos opiniones consultivas ha dejado en claro que el órgano requirente es quien decide la utilidad de una opinión a la luz de sus propias necesidades, lo anterior se estableció en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*. Criterio que se reafirmó el 22 de julio de 2010, en la opinión consultiva conocida como la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*, en la cual el principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas, ante el argumento de que la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas no poseía un efecto útil y por tal no debía emitirse la opinión, fue contestada en sentido negativo, toda vez que es el órgano que requiere la opinión y no la Corte, quien determinaba si necesita la opinión para el propósito de llevar a cabo sus funciones. Añadiendo que la Corte no podía determinar los pasos que la Asamblea General debería tomar después

de recibir la opinión de la Corte o qué efecto tendría dicha opinión respecto a las relaciones con esos pasos.

5.0.- La jurisprudencia interamericana

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de su jurisprudencia en ejercicio de su función contenciosa, ha señalado, que la jurisdicción internacional de los derechos humanos, era coadyuvante o complementaria de la interna, esto en materia de excepciones preliminares, en la aplicación de la regla del previo agotamiento de los recursos internos³⁵⁷; con posterioridad, estimó que la jurisprudencia, aun cuando sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como un criterio unívoco a seguir sino que debe analizarse cada caso particular³⁵⁸.

Para el 24 de septiembre de 1999, en la sentencia respecto de su competencia, en el *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, la Corte sostuvo que al interpretar la Convención conforme a su objeto y fin, debía actuar de tal manera que se preservare la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención. Ya que sería inadmisibles subordinar tal mecanismo a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus aceptaciones de la competencia contenciosa del Tribunal, lo cual no sólo afectaría la eficacia de dicho mecanismo, sino que impediría su desarrollo futuro.

Posteriormente, en el año 2001, en la sentencia sobre reparaciones y costas, del caso de la *Panel Blanca vs Guatemala* la Corte, reiterando el criterio del *Caso El Amparo vs Venezuela*, sentencia sobre reparaciones y costas, de 14 de septiembre de 1996, indicó que la jurisprudencia podía servir de orientación para establecer principios en la materia de reparación del daño, aunque no podía invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debía analizarse en sus especificidades.

³⁵⁷ *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*, de 29 de julio de 1988.

³⁵⁸ *Caso El Amparo vs Venezuela*, sentencia sobre reparaciones y costas, de 14 de septiembre de 1996.

En ese mismo año 2001, la Corte Interamericana confirmó el carácter preeminente de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* incluso por encima de las constituciones ya que si se tuviera como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado, en este caso, de Trinidad y Tobago, se tendría únicamente como fuente subsidiaria la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional, ello de acuerdo a lo sostenido en el *Caso Hilaire vs Trinidad y Tobago*, en la sentencia de excepciones preliminares, de fecha 1 de septiembre de 2001, ya que la declaración realizada por Trinidad y Tobago, facultaría a este último para decidir en cada caso concreto el alcance de su propia aceptación de la competencia contenciosa de la Corte. Este criterio servirá de parámetro de comparación, en el análisis que se realice, con lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, en el sentido de que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, así también entra en juego el principio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referido en el capítulo anterior, en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, denominada “Otros Tratados”, de que podían existir interpretaciones contradictorias, al sostener que éstas siempre están planteadas, en todo sistema jurídico, entre distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica.

De acuerdo, a lo anterior, los altos tribunales de los Estados tendrían que estar jerárquicamente subordinados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo aplicación el control de convencionalidad, en una forma plena y absoluta, lo cual generaría una interpretación única, esa sería una posible consecuencia; otra podría ser, que los altos tribunales de los Estados no estén subordinados a la Corte Interamericana, y no se aplique el control de convencionalidad, lo cual genera una fragmentación absoluta, donde priva el derecho interno por encima del derecho internacional; otra posible lectura, sería que si bien no existe una subordinación absoluta de las Cortes Supremas a la Corte Interamericana, pero sí relativa, subsistan interpretaciones distintas, lo cual acarrearía un control de convencionalidad débil, de acuerdo a los derechos en juego y las particularidades

de cada caso concreto, lo cual genera una fragmentación de interpretaciones que incluso pueden llegar a ser contradictorias.

Una última consecuencia sería que lo sostenido en la opinión consultiva sobre otros tratados, si bien no ha sido en ningún momento señalado como inaplicable, o el hecho de que ese punto en concreto ni siquiera se haya invocado en otros criterios consultivos o contenciosos, haga presumir su desuso o por el contrario, se presente en la práctica de una forma inconsciente o de presentarse, ocurriría que el sistema opera de forma normal que de hecho los Estados al resolver sus casos, adecuan sus criterios a lo señalado por la Corte Interamericana o por el contrario siguiendo otra fuente del derecho como por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que si bien debe privar el principio *pro persona*, la misma Corte Interamericana señaló que la propia Convención indicaba la integración del sistema regional al universal de protección de derechos humanos, el cual, cabe recordar, forma parte del derecho internacional general. Esta tribulación se abordará más adelante en el apartado de control de convencionalidad.

Continuando con los criterios jurisprudenciales señalados por la Corte Interamericana en ejercicio de su función contenciosa, en el año 2001, el 6 de diciembre, en la sentencia de fondo del *Caso las Palmeras vs Colombia*, indicó que la Convención era la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. El mencionado sistema constaba de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Cuando un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y la Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Consagrando por segunda ocasión el carácter coadyuvante y complementario de la protección internacional.

En la sentencia de 27 de febrero de 2002, en materia de reparaciones y costas, en el caso *Trujillo Oroza vs Bolivia*, la Corte Interamericana estimó por tercer ocasión, en materia de reparaciones, que la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esa materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco por seguir porque cada caso debe analizarse a la luz de sus especificidades. Con lo cual se puede afirmar de forma provisional que, en ejercicio de su competencia contenciosa, en materia de reparaciones, si bien la jurisprudencia sirve de orientación no posee un carácter unívoco, sin embargo, cabe la pregunta, si lo mismo se puede decir respecto de otros aspectos resueltos en los casos particulares.

Para el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago*, en la sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de fecha 21 de junio de 2002, se estableció que la función de la Corte Interamericana era proteger a las víctimas, determinar las violaciones de sus derechos y ordenar la reparación de los daños ocasionados por los Estados responsables de tales acciones.

En el caso *Bulacio vs Argentina*, de acuerdo a la sentencia fondo, reparaciones y costas, en materia de reparación del daño, la Corte Interamericana estimó que la jurisprudencia sirve como orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco, porque cada caso debe analizarse conforme a sus propias características.

Como ha quedado asentado, la jurisprudencia permite establecer los parámetros de solución de un caso, otorgándole un carácter reparador, no sólo por la condena a diversos pagos y actos, sino que en sí misma cumple una función reparadora, ello de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana en el caso *19 Comerciantes vs Colombia*, en su sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 5 de julio de 2004.

Por su parte, en la sentencia del caso *de la Masacre de Mapiripán vs Colombia*, en la sentencia de 15 de septiembre de 2005, señaló que en ejercicio de su función contenciosa, la Corte aplica e interpreta la Convención Americana y, cuando un

caso ha sido sometido a su jurisdicción, es la facultada para declarar la responsabilidad internacional de un Estado Parte en la Convención por violación a sus disposiciones.

En 2006, en la interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del *caso Acevedo Jaramillo vs Perú*, de 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana indicó que la jurisprudencia del Tribunal debe constituir una guía para la actuación de los Estados. Toda vez que los máximos tribunales de diversos Estados habían tomado la jurisprudencia de la Corte, emitida respecto de ellos mismos, de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su conocimiento.

En ese mismo año de 2006, pero en 29 de noviembre, en el *caso la Cantuta vs Perú*, el Tribunal señaló la particularidad de que en Perú existían disposiciones de derecho interno que regulaban el efecto de las decisiones internacionales así como su incorporación. También observó que en Perú la existencia de normas que permiten la incorporación de las decisiones internacionales como directamente aplicables y ejecutables a nivel interno y, como tales, por parte de los administradores de justicia.

De igual modo, en Perú, a través de su Tribunal Constitucional, se reconoció el valor de las sentencias emitidas por cortes internacionales, en dicho sentido, se indicó que toda la actividad pública debía considerar aplicar directamente los tratados internacionales de derechos humanos, pero no sólo dichos instrumentos, también se incluyó la jurisprudencia de las instancias a las que Perú se encuentra inscrito. La Corte Interamericana destacó la declaración del Tribunal Constitucional de Perú, ya que las mismas son vinculantes aun cuando Perú no fuese parte en los fallos para todos los poderes públicos internos, incluyendo al propio Tribunal. La mencionada vinculación, señaló el Tribunal Constitucional de Perú deriva del Código de Procedimientos Constitucionales, presentando un doble carácter, por un lado reparadora, ya que interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su

observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana. Una vez que la Corte Interamericana tomó en consideración estos elementos, concluyó que las decisiones de esa Corte tenían efectos inmediatos y vinculantes.

En el año 2008, en la sentencia del *caso Heliodoro Portugal vs Panamá*, la Corte señaló que tanto en el ejercicio de su competencia contenciosa como consultiva ese órgano jurisdiccional podía analizar la compatibilidad de la legislación interna con la Convención Americana.

En el año 2010, en la sentencia dictada en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*, la Corte Interamericana señaló que la jurisdicción internacional poseía un carácter subsidiario, coadyuvante y complementario.

En el año 2012, en la sentencia del *Caso Vélez Restrepo vs Colombia*, la Corte Interamericana, en respuesta al argumento de Colombia consistente en que el carácter excepcional de la jurisdicción penal militar que se había establecido en la jurisprudencia interamericana era posterior a los hechos presentados en el referido caso, por lo que, esa jurisdicción tenía la calidad de juez natural para conocer de la violación a la integridad personal del señor Vélez. Ante lo cual, la Corte Interamericana reafirmó su autoridad interpretativa de las obligaciones estatales contenidas en la Convención Americana, en específico, aquellas relacionadas con la prohibición de juzgar e investigar violaciones a derechos humanos por intermediación de la jurisdicción penal militar, señalando que la garantía de que las violaciones a derechos humanos como la vida fuesen investigados por un juez competente se hallaba en la Convención Americana y no nacía a partir de la aplicación e interpretación de la Corte en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, sino desde el momento de la ratificación del referido instrumento internacional.

En un sentido idéntico se pronunció la Corte Interamericana, en el año 2013, en la sentencia del *Caso J. vs Perú*, en el cual Perú alegaba la inexistencia de una obligación internacional para investigar manoseos sexuales, sin embargo, la Corte

Interamericana señaló que previo a los hechos de ese caso y durante la época de su investigación, Perú ya se encontraba obligado a investigar posibles actos de violencia sexual, en razón de que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Consejo Económico y Social ya se habían pronunciado respecto a dicha obligación. En ese sentido, el Tribunal Interamericano sostuvo que si bien su jurisprudencia poseía autoridad interpretativa de las obligaciones estatales señaladas en la Convención Americana, la garantía de que violaciones a derechos humanos como la vida sean investigadas se encuentra consagrada en la Convención Americana y no nace a partir de su aplicación e interpretación por parte de dicho organismo jurisdiccional en ejercicio de su función contenciosa, sino desde el momento de ratificación del mismo.

En ese mismo año 2012, la Corte Interamericana reafirmó que era la intérprete última de la Convención Americana, en el *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*.

También en 2012, en el *Caso la Masacre de Santo Domingo vs Colombia*, el Tribunal Interamericano señaló que podía observar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario para dar aplicación más específica a esa normativa concreta a la Convención Americana, lo cual no implicaba una jerarquización entre órdenes normativos.

En el año 2014, en la sentencia del *Caso Tarazona Arrieta y otros vs Perú*, la Corte Interamericana señaló que el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significaba que el sistema de protección instaurado por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* no sustituía a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementaba. Ello obedecía a que la responsabilidad estatal, únicamente, puede ser exigida ante la jurisdicción internacional cuando el Estado ha tenido la posibilidad de establecer, en un caso particular, la violación de un derecho y la oportunidad de reparar el daño mediante sus propios medios. Lo cual se ve reflejado en el principio de complementariedad o subsidiariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el

cual es, como lo señala la Convención Americana en su preámbulo coadyuvante o complementaria del derecho interno de los Estados americanos.

El carácter subsidiario fue señalado de nueva cuenta, en la sentencia del *Caso Rodríguez Vera y otros vs Colombia*, decidido en 2014, la Corte reiteró que la jurisdicción internacional poseía un carácter coadyuvante y complementario, por lo que debía tomarse en cuenta al fijar la justa indemnización.

En la sentencia de 1 de septiembre de 2015, dictada en el *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs Perú*, la Corte Interamericana señaló que el principio de subsidiariedad y complementariedad informaba transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo cual significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa.

Finalmente, en el *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*, sentencia de 1 de diciembre de 2016, el referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.

De lo antes expuesto, se puede afirmar que en la práctica de la Corte Internacional de Justicia tanto las decisiones de la Corte Internacional en ejercicio de su función contenciosa como las opiniones consultivas carecen de fuerza vinculante fuera de las partes involucradas, salvo los ejemplos en los cuales en ciertos asuntos se ha dotado de fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la Corte Internacional; las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, al igual que lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen una guía para la actuación de los organismos de las Naciones Unidas, en tanto en el sistema interamericano ilustran a los Estados y a los órganos de la OEA y a los

Estados miembros de la misma aunque no sean parte de la Convención; por lo que hace al carácter de parámetro, no cumplen dicha función en el sistema de la Corte Internacional, pero sí en el Interamericano; en ambos casos, constituyen una fuente de derecho internacional, al formar parte de las decisiones judiciales.

En este punto, parece que lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del carácter de sus opiniones consultivas va más allá de lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en sus opiniones consultivas, ya que las mismas son un parámetro y poseen fuerza vinculante hacia el sistema interamericano, incluso son objeto de control de convencionalidad. En este punto, resulta evidente que constituyen la última palabra, ya que las emite la intérprete última de la Convención, que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Análogamente, se puede señalar que la fuerza vinculante de las sentencias que conforman la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, en ejercicio de su función contenciosa, sobrepasa el alcance de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, en ejercicio de su también función contenciosa. Ya que, las sentencias de la Corte Interamericana son una guía, un parámetro, en tanto cuenta con dichas características, son vinculantes para Estados que incluso no han sido partes en un juicio, son subsidiarias, complementarias y coadyuvantes. Sin embargo, en materia de reparaciones, las decisiones de la Corte Interamericana no son unívocas. Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que el carácter de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana es sólido en cuanto a su naturaleza y alcance, aunque excesivo respecto a las de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, en lo tocante a la jurisprudencia, en ejercicio de la función contenciosa emitida por la Corte Interamericana, resulta ambivalente su posición, ya que en materia de reparaciones desde sus primeros casos señaló que sus decisiones no constituían un criterio unívoco sino que dependía de cada caso, tienen un carácter reparador, coadyuvante, complementario y subsidiario, son una guía de actuación para los Estados, son parámetro, son emitidas por la Corte intérprete última de la Convención.

Lo anterior por lo que hace a una comparación de la jurisprudencia interamericana respecto de aquella dictada por la Corte Internacional de Justicia. Ahora, haría falta una comparación entre la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana al interior de su sistema.

Opiniones consultivas	Sentencias
En los puntos tocantes tanto de las opiniones consultivas como de la jurisprudencia en lo general, en el ámbito interamericano, comparten en común ser guía, parámetro, fuente, ser complementarias y subsidiarias, afirman la autoridad de la Corte como intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	Difieren en que las opiniones no son reparatoras; las sentencias emitidas en ejercicio de la función contenciosa, en materia de reparaciones, no son unívocas; en las opiniones consultivas no se desahogan pruebas, en los casos contenciosos sí, en estos últimos se puede llegar a los acuerdos de solución amistosa, mientras que en las opiniones consultivas no.

De ello, se sigue que si se intersectaran los puntos de contacto entre opiniones consultivas y las sentencias, de ahí resultaría la naturaleza de la jurisprudencia interamericana, de acuerdo a los puntos comunes. Esto en un plano meramente nominal o ideal cumple con las exigencias de dar cohesión o coherencia a la jurisprudencia.

No obstante ello, no se puede colegir que las opiniones y las sentencias sean igualmente exigibles, basta recordar lo señalado en el capítulo segundo, en donde se desglosaron los principios que sirven de guía a la Corte Interamericana en donde existe un margen de apreciación, mientras que en las sentencias ya referidas se indicó que de la jurisprudencia no nacían derechos, es decir, se aprecia dentro del propio sistema, que la pretensión de amalgamar ambas funciones, contenciosa y consultiva, lleva a una fragmentación del mismo.

Ya que como quedó demostrado con los principios y las teorías contractualista y utilitarista, conviven visiones de la realidad opuestas en la misma Convención, ya que a la libertad personal se opone el interés público, a la propiedad se opone la expropiación, lo cual deja en suspenso qué prevalece, cuestión que se resuelve en función del caso particular.

En todo caso, dicha tensión solo puede ser resuelta por el denominado control de convencionalidad, ya que posee una fuerza vinculante mayor, puesto que pareciera que los derechos sobre los que se aplica control de convencionalidad son más fuertes que otros, es decir, la prohibición a la tortura por ejemplo, no encuentra un opuesto en el sistema interamericano de derechos humanos, o sea, la permisión de la tortura en caso de emergencia, sin embargo, si se compara con lo señalado por la Corte Internacional de Justicia podrían existir restricciones, como por ejemplo, el hecho de que la inmunidad de altos funcionarios deba respetarse, aún en casos que involucren violaciones a los derechos humanos, como ocurrió en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Concerniente a la Orden de Arresto, de 11 de abril de 2000*, dictada el 14 de febrero de 2002, en el cual un juez belga había girado una orden de arresto internacional en contra del entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Congo por crímenes contra la humanidad, ya que había realizado varios discursos de odio racial, lo cual estaba penado por el Derecho en Bélgica. Al respecto, la República del Congo solicitó a la Corte Internacional que declarara nula la orden de arresto ya que se estaba violando la inmunidad del Ministro, lo cual sucedió, toda vez que la inviolabilidad del Ministro debía respetarse.

En función de ello, cabría la pregunta, si bien las sentencias de la Corte Internacional de Justicia no poseen mayor carácter vinculante, sino entre las partes y las opiniones consultivas no son un parámetro, a pesar de provenir del principal órgano jurisdiccional de Naciones Unidas, porqué las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí son vinculantes incluso para Estados que no fueron parte del litigio y las opiniones consultivas son un

parámetro a pesar de ser consultivas, y de no existir una disputa de por medio y no presentarse partes en conflicto.

5.1.- Crítica a la naturaleza jurídica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorga a su jurisprudencia

Siguiendo el hilo conductor del párrafo previo, ¿Cuál es la diferencia entre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos y la jurisprudencia que crean los tribunales nacionales? ¿Existe dicha diferencia?

La respuesta que ha dado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido la siguiente:

*“107. Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención.”³⁵⁹*

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que su jurisprudencia coincidía con aquella de la Corte Internacional de Justicia, pero a su vez señaló diferencias trascendentales como el hecho de que las soluciones amistosas internacionales en materia de derechos humanos eran diferentes a las soluciones pacíficas de controversias; y, el acto jurídico unilateral de un Estado, con un acto jurídico unilateral efectuado en el marco del derecho convencional, como la aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. Dicha aceptación se encuentra determinada y condicionada por el propio tratado y, en particular, por la realización de su objeto y propósito.³⁶⁰

³⁵⁹ Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, de fecha 15 de septiembre de 2005.

³⁶⁰ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 24 septiembre de 1999 (Competencia).

Sin embargo, la propia Corte Interamericana se ha apoyado en criterios de la Corte Permanente de Justicia, que incluso reafirmó la Corte Internacional de Justicia, el ejemplo más claro es la materia de reparaciones, donde podemos mencionar el de *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

Con lo cual, puede sostenerse válidamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido su propio camino y no depende en gran medida de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, lo cual conlleva a la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, en razón de que ambas Cortes se rigen por normas de admisibilidad, jurisdicción y apreciación diversas, mientras que en la Corte Internacional de Justicia priva la voluntad soberana de los Estados en el ámbito regional Interamericano priva el efecto útil que se debe a la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, queda pendiente lo tocante a la relatividad de las sentencias internacionales, cuestión que se observará en el punto sobre el precedente.

Al efecto, se ha señalado que hoy en día existe el denominado diálogo jurisprudencial entre las diversas instancias jurisdiccionales tanto internacionales como nacionales, que no es otra cosa que la cita recíproca de las decisiones que elaboran los distintos tribunales de sus fallos.

Lo cual nos refiere de nueva cuenta a lo dicho por la Corte Interamericana en el sentido de que pueden convivir interpretaciones distintas entre órganos no subordinados, ya que se trata de una jurisdicción complementaria, a ello se debe agregar también que resulta paradójico que la jurisprudencia sea complementaria y a la vez obligatoria, lo cual se traduce en que resulte complicado llevar a cabo una adecuación total con la jurisprudencia de la Corte Interamericana al interior del Estado, cuando la propia Corte ha señalado:

1.- Que la jurisdicción internacional es distinta de la interna.³⁶¹

³⁶¹ Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Sentencia de 26 de enero de 1999 (Excepciones Preliminares).

2.- Que la apreciación de la prueba es diferente, es decir, más flexible, que en el ámbito interno.³⁶²

3.- Además, la Corte Interamericana aplica derecho internacional, mientras que los jueces nacionales aplican tanto derecho nacional como internacional, lo cual constituye la razón de ser del control de convencionalidad, como se observa en el párrafo 339 del *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009*.

En adición a lo anterior, resulta errático que la Corte señale que su jurisprudencia sea obligatoria y se le deba aplicar el control de convencionalidad, cuando en realidad el control de convencionalidad se aplica a cierto tipo de derechos como se verá más adelante.

Finalmente cabría interrogar si ello conlleva al establecimiento de una jurisprudencia internacional.

6.0.- La Jurisprudencia Internacional

Resulta indispensable aclarar qué es la jurisprudencia, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia interamericana.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la jurisprudencia se trata de la fijación del contenido de una norma preexistente, al efecto indicó lo siguiente:

“JURISPRUDENCIA. CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA...La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido de una norma preexistente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la Ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas, su aplicación

³⁶² Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas) de modo ilustrativo. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo).

*no es sino la misma de la Ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio...*³⁶³

En opinión de Jorge Ulises Carmona resulta complicado abordar el término jurisprudencia, ya que el mismo varía de acuerdo a la época, al país, al sistema jurídico. Agrega que en México, la palabra jurisprudencia se utiliza de la manera siguiente:

*“En una de sus vertientes, la jurisprudencia plasma la interpretación de las disposiciones jurídicas, provee un sentido y alcance, de manera que los estándares jurídicos a aplicar en un caso concreto no se agotan, por ejemplo, en el texto a secas de la ley, sino también a la manera en cómo ha sido aplicado judicialmente. Así el texto y su interpretación forman una unidad normativa aplicable en casos concretos; de ahí la importancia y necesidad de que la jurisprudencia internacional de los derechos humanos sea seguida por las autoridades en el ámbito doméstico.”*³⁶⁴

En opinión de Miguel Carbonell, la jurisprudencia es lo siguiente:

*“La jurisprudencia es norma jurídica en tanto la norma superior del ordenamiento jurídico -la Constitución- prevé su existencia como tal y ordena que la ley regule la forma en que será creada y los órganos que para ello estarán facultados.”*³⁶⁵

Para Carlos de Silva Nava la jurisprudencia constituye un tipo de norma jurídica general y abstracta de aplicación obligatoria en su respectivo ámbito de aplicación, la jurisprudencia no es en ningún caso una norma autoaplicativa en el sentido de que, por sí misma, pueda afectar situaciones jurídicas concretas o producir agravio inmediato a los órganos del Estado o a los particulares. Si la jurisprudencia tiene el efecto de obligar únicamente a órganos jurisdiccionales a actuar en cierto sentido en los procesos que ante ellos se siguen, procesos que, por su propia naturaleza, tienden a dirimir una determinada controversia, parece necesaria la conclusión en el sentido de admitir que la jurisprudencia, en sí misma y en tanto norma general,

³⁶³ Góngora, Genaro y Saucedo, María Guadalupe, *Ley de Amparo. Doctrina Jurisprudencial. Compilación de tesis*, 7ª ed., México, Porrúa, 2004, t. II, p. 3184.

³⁶⁴ Carmona, Jorge Ulises, *La Recepción de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, IJ, SRE, 2009, p. 247.

³⁶⁵ Carbonell, Miguel, *Sobre el Concepto de Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXIX, número 87, septiembre-diciembre 1996, p. 781.

no produce efecto inmediato alguno en el campo de la realidad; ese efecto o esa afectación se producirá hasta el momento en que la norma jurisprudencial sea aplicada y no antes.³⁶⁶

En lo tocante a la jurisprudencia internacional, Malcolm N. Shaw indica lo siguiente:

“Aunque, en palabras del artículo 38, las decisiones judiciales son utilizadas como un medio subsidiario para la determinación de las reglas del derecho más que como una fuente de derecho, las decisiones judiciales pueden ser de inmensa importancia. En tanto, por virtud del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las decisiones de la Corte no poseen fuerza vinculante excepto entre las partes y respecto del caso bajo consideración, la Corte ha hecho un esfuerzo por seguir sus decisiones previas e insertar una medida de certeza dentro del proceso, mientras que en la doctrina del precedente como se conoce en el common law, donde las decisiones de ciertas cortes deben ser seguidas por otros tribunales, en el derecho internacional esto no existe, aunque se observe que los Estados en disputa y los doctrinarios citan las sentencias de la Corte Permanente y de la Corte Internacional de justicia como decisiones autoritativas.

(...)

*Además, para la Corte Permanente y la Corte Internacional de Justicia, la frase decisiones judiciales también comprende los laudos arbitrales internacionales y las decisiones de las cortes nacionales...”*³⁶⁷

En opinión de Sean D. Murphy las decisiones judiciales, en el ámbito internacional, no son vinculantes para los Estados en razón de lo siguiente:

“El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia describe como una fuente del derecho internacional las decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas más calificados de varias naciones, como un medio subsidiario para la determinación del derecho.

(...)

Respecto a las cortes, el principio de stare decisis no opera para la Corte Internacional, ni para otras cortes internacionales o tribunales arbitrales. Consecuentemente, sus decisiones no son directamente vinculantes para los Estados o para cuestiones fuera de los confines del caso particular

³⁶⁶ Cfr. De Silva Nava, Carlos, *La Jurisprudencia. Creación Jurisdiccional de Derecho*. 1ª reimp., México, Themis, 2012, p. 156.

³⁶⁷ Shaw, Malcolm, *Internacional Law...*, cit., p. 110-111.

*(especialmente de la Corte Internacional) sirve como una autoridad persuasiva en casos subsecuentes.*³⁶⁸

Por su parte, Ian Brownlie señala que las decisiones judiciales son un medio subsidiario para la determinación del derecho. Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no poseen efecto vinculante, asimismo, la Corte no observa la doctrina del precedente³⁶⁹.

De la misma opinión se muestra Antonio Cassese, al indicar que de acuerdo al artículo 59 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, sus decisiones no poseen efecto vinculante excepto para las partes y respecto del caso particular. Estas indicaciones aplican para las decisiones de todas las cortes internacionales. Se sigue que las sentencias de tales cortes no crean derecho, ni la doctrina del precedente del *common law* es aplicable³⁷⁰.

Al efecto, cabe aclarar qué se entiende por *stare decisis*, precisando que aquello que anima a ésta teoría, fue lo señalado en el capítulo primero respecto al *common law*, en el sentido de que busca el desarrollo de reglas del procedimiento, mediante las cuales se puedan resolver el mayor número de casos para llegar a una respuesta justa. A lo cual Michael Gerhardt indica que *stare decisis* se trata de una frase latina que significa estar a las cosas decididas. Ésta frase es popular entre los abogados ya que la utilizan como una abreviatura para referirse tanto al respeto básico de las decisiones previas de la Corte como al principio básico de que el razonamiento legal debe ser consistente con el precedente judicial.³⁷¹

En opinión de Melvin Eisenberg, la visión tradicional de la doctrina del *stare decisis* enfatiza que el poder de la Corte para crear el derecho se encuentra regido, de acuerdo a lo siguiente:

³⁶⁸ Cfr. Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, United States of America, Thomson/West, 2006, p. 88.

³⁶⁹ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., United States, Oxford University Press, 2008, p. 21.

³⁷⁰ Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed., United States of America, Oxford University Press, 2005, p. 194.

³⁷¹ Cfr. Gerhardt, Michael, *The Power of Precedent*, United States of America, Oxford University Press, 2008, p. 8.

(...) por el concepto de que, lo que dice la corte es menos importante que aquello que hace (...) el algoritmo para establecer la regla del precedente es como sigue: cuando el caso ante una corte que decidirá ha sido cubierto por una regla explícitamente adoptada en un precedente que es, al menos, razonablemente una buena regla, entonces la regla debe ser aplicada o distinguida de tal modo que sea consistente con la regla. En contraste, cuando el caso ante la corte que decidirá ha sido cubierto por una regla adoptada en un precedente con una regla pobre, entonces la corte debería interrumpir el precedente, mediante la distinción de la regla como una forma inconsistente. Se debe notar que establecer la regla de lo que es un precedente, significa transformar una parte significativa del principio básico del razonamiento legal, y que el principio se convierte en parte de las proposiciones sociales, por lo que contrario a lo que sostienen algunas formas del positivismo jurídico de lo que es el derecho, en cualquier momento se convierte en parte significativa de la moralidad social, la política social y la experiencia.³⁷²

Finalmente, también se dice que *stare decisis* se refiere a lo siguiente:

*Cuando se dice que la Corte está vinculada a seguir un caso, o vinculada por las decisiones, significa que el juez está obligado a aplicar una *ratio decidendi* en particular a los hechos ante los cuales se encuentra ante la ausencia de una distinción de razonamiento legal entre los hechos y los hechos que aplicaron en el caso previo.³⁷³*

Lo tocante a este punto se analizará con otros elementos de la teoría del *stare decisis* como lo son *obiter dictum* y *ratio decidendi* cuando se aborde lo relativo al precedente, bajo las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Mohamed Shahabuddeen señala, comentando sobre el valor de las decisiones tomadas por la Corte Internacional de Justicia, que el derecho señalado en una decisión es visto como parte del derecho internacional, por lo tanto aplica a todos los Estados sean o no partes del caso particular. No se trata de una pregunta de si la decisión por sí misma aplica como un precedente vinculante, sino de que el derecho que se establece es visto como parte del derecho internacional³⁷⁴. En

³⁷² Eisenberg, Melvin, *The Principles of Legal Reasoning in the Common Law*, en Edlin, Douglas, *Common Law Theory* (edit.), United States of America, Cambridge University Press, 2008, p. 92-93.

³⁷³ Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent*, United States of America, Hart Publishing, 2008, p. 65.

³⁷⁴ Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, United States, Cambridge University Press, 2007, p. 109.

apoyo a su argumento indica que en el caso de la *Plataforma Continental (Túnez /República Árabe Libia)*, Permiso para Intervenir, la Corte Internacional indicó que los argumentos a los que arribaba y el razonamiento mediante el cual llevaba a dichos argumentos no resultaba aplicable a Estados que no fueran parte. Este último señalamiento, para Shahabuddeen, se dirigía a la preocupación de Malta con relación a aspectos específicos del posible tratamiento judicial de las cuestiones físicas de un área en la que también se afirmaba un interés, ese señalamiento, indica Shahabuddeen, no podría operar en la supresión de la posible influencia del precedente. Shahabuddeen señala, que tampoco Malta lo hubiese considerado de otra manera, ya que dejó claro que no basaba su solicitud simplemente en el interés de los pronunciamientos de la Corte en el caso observando los principios generales y reglas de derecho internacional. Concluye Shahabuddeen indicando que la sentencia de la Corte no es una variante con miras a que sus pronunciamientos sobre principios legales puedan formar parte del derecho general.

En apoyo al caso anterior, Shahabudeen presenta el asunto concerniente a la *Plataforma Continental (República Árabe Libia/Malta)*, *Solicitud para Intervenir*, respecto del cual indica que se arribaría a una conclusión similar de que los principios y reglas de derecho internacional encontrados por la Corte serían aplicables para la delimitación entre Libia y Malta, y las indicaciones dadas por la Corte como a su aplicación en la práctica, no pueden depender de que las Partes las presenten en contra de otro Estado. La preocupación en este caso consistía en dejar en claro que ciertos principios y reglas de derecho internacional se encontraban para ser aplicables entre las partes no significaba que una parte estuviese facultada para extender la aplicabilidad de esos principios y reglas entre ellas y respecto Estados no partes que estuviesen interesados en la misma área; en virtud de lo anterior, para Shahabuddeen, eso no afecta la cuestión de la amplitud de la cual los principios legales señalados en la sentencia podrían ejercer fuerza de precedente.

Al respecto, cabe recordar, como se hizo anteriormente, que la Corte Internacional

de Justicia en el caso relativo a la *Plataforma Continental (República Árabe Libia/Malta)*, *solicitud de permiso para intervenir*, en 1984 que mediante el efecto del artículo 59 del Estatuto de la Corte, indicó que la sentencia sería vinculante solo entre las partes, pero sería relativa y no oponible a Italia, quien solicitaba permiso para ser parte del proceso. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia parece haber aclarado la cuestión del precedente internacional, de igual modo, ya previamente citado, en el *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia) (Excepciones Preliminares)*, de 2008.

Sobre este particular, se puede concluir que a nivel de la Corte Internacional de Justicia no existe el precedente internacional, es decir, de acuerdo a la previsión del artículo 59 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, el cual señala que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

En ese mismo sentido, la disposición del Estatuto antes citado, encuentra su correlativo en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en su artículo 68 que dispone que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Las disposiciones anteriores, se refieren al efecto relativo de las sentencias, respecto del cual la Corte Internacional de Justicia señaló en el caso relativo a la *Plataforma Continental (República Árabe Libia/Malta)*, *solicitud de permiso para intervenir*, en 1984 que mediante el efecto del artículo 59 del Estatuto de la Corte, la sentencia sería vinculante solo entre las partes, pero sería relativa y no oponible a Italia, quien solicitaba permiso para ser parte del proceso. Enfatizó que en este caso que el país europeo no estaría vinculado por las previsiones operativas del fallo, en ese sentido, la decisión no poseía fuerza vinculante excepto entre las partes y respecto del caso particular. Lo cual se traduciría en que las indicaciones a que llegare la Corte Internacional no podrían ser invocadas por las partes en contra de terceros Estados.

Como se advierte, las sentencias internacionales comparten el efecto relativo en ambas jurisdicciones. Por lo que no se puede sostener que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos posea el carácter de precedente, si se atuviera a lo estrictamente señalado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a lo sostenido por la propia Corte Interamericana en materia de reparaciones y a lo señalado por esa Corte respecto de los derechos con carácter *ius cogens* como se observará enseguida en el modo en el cual se aplica el control de convencionalidad.

En opinión de Manuel Becerra las sentencias de las cortes aún las internacionales son válidas para el caso concreto, de acuerdo a lo siguiente:

“Ahora bien, surge otra cuestión: ¿es posible invocar las sentencias de las cortes nacionales en otros casos? Este tema está explorado suficientemente en la doctrina del derecho internacional y es claro que las sentencias de las cortes, aun las internacionales, sólo son válidas para el caso concreto y las partes en el conflicto, sin embargo también está explorado que no tienen carácter obligatorio, sin embargo, no hay que subestimar la autoridad de persuasión que pueden tener las decisiones, incluyendo las de las cortes internas.”³⁷⁵

De acuerdo hasta lo ahora señalado, se puede advertir que a nivel convencional las sentencias son relativas, es decir, no obligan a los Estados que no formaron parte del litigio, esto resulta cierto tanto a nivel de la Corte Internacional como de la Corte Interamericana. Sin embargo, si bien las sentencias poseen un efecto relativo y no se aplica un precedente internacional, no menos cierto resulta que a nivel jurisprudencial, los Estados han aceptado los señalamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el acatamiento de las sentencias que van desde las adecuaciones normativas que reconocen el valor vinculante de las sentencias hasta la emisión de decisiones, a nivel de los máximos tribunales de justicia, que reconocen el sentido obligatorio de la jurisprudencia interamericana. De tal suerte, que el propio Tribunal Interamericano al advertir que los Estados decidían con fundamento en sus criterios, terminó por señalar dichos fallos como obligatorios, ante las modificaciones observadas a nivel interno y al ya

³⁷⁵ Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación...*, cit., p.142.

señalado carácter complementario tanto de la Convención como de la jurisprudencia de la Corte.

Si se realiza una comparación del ámbito europeo con el sistema americano se observa lo siguiente:

“La Jurisprudencia de ambas cortes tiene muchos puntos convergentes y, naturalmente, algunas divergencias; estas últimas resultan del hecho no solamente de la diversidad de enfoques jurídicos que pueden tener los tribunales que funcionan en contextos diferentes, sino también porque la regulación de derechos no es exactamente igual en los textos respectivos de la Convención Americana y en el Convenio Europeo. Tampoco debe menoscabarse a los desafíos que ambas cortes debieron enfrentar en los primeros años de su existencia.

El Tribunal Europeo ha podido consolidar rápidamente una jurisprudencia integradora y clásica de los derechos civiles y políticos contenidos en el Convenio Europeo y sus Protocolos sustantivos, mientras que el sistema interamericano recibió sus primeros asuntos relativos a la desaparición forzada de personas, práctica que no encuentra regulación expresa en la Convención Americana aunque, naturalmente, implica una violación radical de varios de los derechos establecidos en el pacto de San José de Costa Rica.

(...)

La jurisprudencia interamericana ha sido influenciada claramente desde sus inicios por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto en materia consultiva como contenciosa, y partiendo desde allí la Corte Interamericana ha profundizado la tutela de ciertos derechos sustantivos como la libertad de expresión, el derecho a la integridad personal, las garantías judiciales e igualmente conceptos jurídicos como el de víctima, bajo la Convención Americana sobre derechos Humanos. Actualmente las referencias del tribunal interamericano a su par europeo son permanentes en sus opiniones y sentencias.

También la jurisprudencia europea ha sido influenciada por la interamericana, especialmente en lo relativo a los casos de desaparición forzada de personas, situación de mucho desarrollo en el sistema interamericano, aunque otros aspectos como decisiones sobre violencia contra la mujer, o la interpretación de principios jurídicos como el non bis in idem tomados por los órganos interamericanos de protección, fueron recibidos por el Tribunal de Estrasburgo.

Esta influencia recíproca se corresponde con el postulado contemporáneo de fertilización cruzada entre los sistemas de protección, el cual se combina

asimismo con el principio pro persona como objetivo final del mecanismo de tutela, el desarrollo progresivo de los derechos humanos y el principio de efecto útil.

*Finalmente, el sistema interamericano de derechos humanos generó una jurisprudencia magnífica, creativa y sólida en materia de reparaciones.*³⁷⁶

A lo cual añadiríamos, que lo que distingue a las Convenciones de Derechos Humanos tanto de Europa como de América del resto de instrumentos internacionales, es el carácter subsidiario, lo cual da pie al control de convencionalidad, ya que complementa la jurisdicción interna a través de sus fallos e interpretación. Como se ha visto, existen dos modos de entender el carácter de la subsidiariedad, la cual ha sido calificada por el derecho internacional general como medio auxiliar, no obligatorio, en tanto en el ámbito americano es el elemento que justifica el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana así como de la Europea.

Como definición de jurisprudencia se puede señalar que se trata de la interpretación de la ley que implica el conjunto de decisiones judiciales que determinan un criterio constante sobre una cuestión jurídica.

Se puede entender por jurisprudencia internacional como un medio auxiliar en la toma de decisiones judiciales, de carácter no vinculante, en razón del efecto relativo de las sentencias, por el cual el fallo sólo obliga a las partes que litigaron, pero con carácter persuasivo hacia quienes no formaron parte de la disputa.

Como jurisprudencia interamericana podemos señalar la siguiente definición: se trata del conjunto de decisiones con carácter de precedente -que incluye las sentencias, las opiniones consultivas, las medidas provisionales y la supervisión de cumplimiento- emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que poseen un doble efecto vinculante en razón del control de convencionalidad, hacia los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por

³⁷⁶ Salvioli, Fabián, *Convergencias y Divergencias de las jurisdicciones Contenciosas en los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio (Coordinadores), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 79-82.

efecto del principio de subsidiariedad, tanto de los casos en que los Estados son partes como de aquellos en los que no lo son, que sirven como guía, fuente, y parámetro de actuación.

Toda vez que ya se ha hecho una explicación de los elementos que conforman la definición, queda por aclarar el carácter de precedente en el ámbito de la Corte Interamericana.

El carácter de precedente que la Corte Interamericana le otorga a su jurisprudencia se puede deducir de sus propios fallos, en el sentido de que la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento.³⁷⁷

Dicha manifestación de que la sentencia es vinculante en su integridad había sido señalada previamente por diversas cortes supremas, entre las que se encuentra la mexicana, la cual el 14 de julio de 2011 emitió el *Acuerdo del Tribunal Pleno dentro del expediente Varios 912/2010*, mediante el cual expuso las obligaciones concretas del Estado mexicano, y en particular, del Poder Judicial de la Federación, a raíz de la Sentencia emitida en el *Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de noviembre de 2009*.

Mediante dicho fallo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestó que el poder judicial estaba obligado a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, y que para ello, debía tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana, el cual, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, establece que las normas relativas a los

³⁷⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 20 de marzo de 2013, en el Caso Gelman vs Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Además, en el mencionado Acuerdo se indicó que las decisiones de la Corte Interamericana con respecto a México, y en particular la sentencia emitida en el mencionado *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, son obligatorias para todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.

De lo anterior, se observa que la Corte Interamericana ha calificado su jurisprudencia de precedente y lo mismo puede decirse de las sentencias dictadas en contra del Estado mexicano, pero ¿Ocurrirá lo mismo en el ámbito interno de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para casos en los cuales no ha sido parte México? Es decir, en el sistema interamericano y en el sistema jurídico mexicano y en los demás países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ¿Se deberán aplicar la jurisprudencia con un carácter de precedente, tanto en casos donde sean partes los países como en aquellos en los que no lo fueron?

Para dar una respuesta a lo anterior, cabe recordar que, en el ámbito de la Corte Interamericana queda claro que percibe sus decisiones como precedentes, en virtud de lo señalado en su Resolución de 20 de marzo de 2013, del *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, por virtud del control de convencionalidad. Así, se acerca más a la teoría del precedente del *common law* en razón de que en ese ámbito se considera que los precedentes son vinculantes.

En opinión de Neil Duxbury, un precedente es un evento pasado que sirve como guía para la acción presente. Añade que no todos los eventos son precedentes.

Seguir un precedente es realizar una analogía entre una instancia y otra para buscar una guía para establecer un estándar³⁷⁸.

Los precedentes pueden referir todo tipo de demandas para llamar la atención, pero los precedentes asentados por las cortes no son meramente para atraer la atención, sino que en realidad son vinculantes para otras cortes. Lo anterior se refiere al *stare decisis*, es decir, las decisiones judiciales anteriores deben ser seguidas cuando los mismos puntos aparezcan otra vez en un litigio³⁷⁹.

Se dice que los precedentes poseen autoridad vinculante, en razón de que facilitan la consistencia y la justicia de la toma de decisiones. Asimismo, proveen razones para soportar la decisión. El modo que los juristas del *common law* han seguido para determinar qué decisiones seguir, es a través del denominado *ratio decidendi* y el *obiter dicta*.³⁸⁰ *Ratio decidendi* puede significar la razón para la decisión y *obiter dicta* lo dicho de paso.³⁸¹

Ratio decidendi se liga a la teoría del precedente con el principio de que los casos parecidos deben ser tratados igual.³⁸²

La razón otorga consistencia debido a que las sentencias son armónicas con el derecho en su conjunto. Dicho sea de paso, se trata de la razón artificial cultivada mediante el estudio y la experiencia del derecho a lo largo del tiempo.³⁸³

Un elemento indispensable en el desarrollo del *stare decisis* fue la elaboración de reportes, ya que replicaban lo dicho por los jueces, puesto que una decisión anterior en un caso análogo sería más difícil de ignorar o de distinguir si las razones que informan la decisión son presentadas claramente. Otro elemento fundamental es la jerarquía del sistema de cortes de apelación, ya que con la Ley de la Judicatura de 1873-1875, en Inglaterra, se ayudo a consolidar la doctrina del

³⁷⁸ Cfr. Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, United States of America, Cambridge University Press, 2008, p. 1-2.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 12.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 24-25.

³⁸¹ *Ibidem*, p.67.

³⁸² *Ibidem*, p.83.

³⁸³ *Ibidem*, p. 48-49.

precedente, una vez que este sistema se estableció, los jueces que buscaban decisiones análogas anteriores para buscar una guía podían estar constreñidos por el estatus de la corte que establecía el precedente más que únicamente por la calidad de la decisión.³⁸⁴

Una característica destacada del derecho de caso es que tiende a ser analogizado más que interpretado.³⁸⁵

Cuando las cortes siguen los precedentes, los tratan como las declaraciones de jueces anteriores que no sólo fueron materialmente idénticas en hechos sino que también se dirigen a los hechos con suficiente conocimiento, inteligencia y sabiduría para que los jueces de hoy los consideren razonables para tratarlos como autoritativos, con lo cual se corta la necesidad de deliberación independiente respecto de los hechos o del razonamiento judicial anterior.³⁸⁶

En la teoría del precedente, aplica la distinción, es decir, distinguir entre un caso y otro, se refiere a diferenciar la *ratio decidendi* del *obiter dicta*, separando los hechos que son materialmente, de aquellos que son irrelevantes para la decisión. La distinción entre casos se trata de demostrar diferencias de hecho entre el caso anterior y el presente, de mostrar que la *ratio* de un precedente no aplica satisfactoriamente en el caso bajo examen.³⁸⁷

La teoría del precedente admite también el rechazo del precedente, lo cual consiste en declinar seguir un precedente y declarar que a pesar de que se trate de los mismos hechos, una nueva regla debe ser seguida. Algunas veces el precedente es rechazado debido a que se ha quedado más tiempo del debido.³⁸⁸

De lo señalado, se advierte que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ámbito nacional así como en el interamericano operaría como precedente, ya que se puede observar que el precedente se concibe como una guía, característica

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 56.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 59.

³⁸⁶ *Ibidem*, p.102.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 113.

³⁸⁸ *Ibidem*, p.117.

que se observa ha señalado la Corte Interamericana respecto del valor de su jurisprudencia, ya analizado de forma previa.

Por lo que hace al elemento del *stare decisis* de la teoría del precedente se observa es replicada por la Corte Interamericana ya que aspira a que su jurisprudencia sea vinculante cuando los mismos puntos aparezcan otra vez en un litigio, no importando si el Estado en cuestión fue parte o no.

La jerarquía de las cortes, si bien no está probada, en razón de que la jurisdicción interamericana es complementaria, la Corte Interamericana ha señalado que su jurisprudencia es obligatoria y no se puede justificar su incumplimiento por virtud del derecho interno, ni por el dictado de sentencias de los tribunales de la más alta jerarquía de los Estados partes de la Convención Americana. Por lo que puede señalarse que de una forma velada al considerar su jurisprudencia obligatoria, se está identificando como un tribunal de jerarquía superior, no necesita decirlo, lo ejerce con sus dictados sobre cómo su jurisprudencia prevalece incluso por encima del derecho interno. De acuerdo a lo señalado en la resolución sobre la supervisión de cumplimiento del *Caso Gelman*, en el sentido siguiente:

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.”

La autoridad vinculante de la teoría del precedente se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que como ha quedado señalado, le atribuye ese carácter a todas sus decisiones.

La diferencia entre la teoría del precedente y la jurisprudencia interamericana es que en la primera los jueces pueden dejar de seguir un precedente, incluso rechazarlo, al parecer la Corte Interamericana no se ha pronunciado al respecto, ni con relación a la cuestión de las analogías, es decir, si en la aplicación que deban realizar las autoridades internas de los Estados, deben buscar la similitud de la jurisprudencia interamericana y la interna, en los hechos o en las razones que motivaron el fallo o en ambas, de manera conjunta o aislada.

Ahora, respecto del papel del precedente a nivel interno, teniendo en consideración la previsión de la Convención Americana en el sentido de que la instancia interamericana es complementaria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del caso Radilla, ha reconocido a la Corte Interamericana como una instancia superior, de forma explícita, toda vez que las decisiones en las cuales México es parte o no, son vinculantes, aunque en diferente grado. Es decir, ese reconocimiento para seguir la jurisprudencia de forma obligatoria hace las veces del reconocimiento de la Corte Interamericana como una corte superior, tal como se observa en la teoría del precedente, una corte se reconoce obligada a seguir una decisión previa, entre otras cuestiones, por la jerarquía del tribunal que la dicta.

También la Suprema Corte en la Contradicción de tesis 293/2011, comparando el elemento del carácter vinculante de la teoría del precedente anglosajón, que se encuentra en la idea de la jurisprudencia interamericana, señaló que debía entenderse en clave de progresividad, es decir, como un estándar mínimo que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente, en forma armónica con la jurisprudencia nacional, o para ser desarrollados o ampliados mediante jurisprudencia que resulte más favorecedora para las personas. Con lo cual, se observa, que la Suprema Corte siguiendo la idea del precedente percibe a éste como un estándar, que le proporciona la Corte Interamericana.

Sin embargo, en la Contradicción de tesis en comento, también se dijo que aun cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana fuese vinculante no debía

aplicarse de modo acrítico, ya que su aplicación debía realizarse en clave de colaboración, de acuerdo a lo siguiente:

“En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos, en términos de lo apuntado en el apartado anterior, con base en el principio pro persona.”

Con la introducción del elemento del principio *pro persona*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 293/2011, señaló que no debía entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriñera a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Indicando que, por el contrario, esa obligatoriedad debía entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál fuese el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante sería que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justificara atendiendo a la aplicación de otro que resultare más favorecedor a la persona.

Lo anterior, si se complementa por lo dicho también por la Suprema Corte en la Contradicción de tesis 293/2011, se observa que al igual que en el caso de la teoría del precedente, se deben realizar analogías entre los hechos, ya que la Suprema Corte sostuvo que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta una sentencia, aunque aplica su jurisprudencia histórica para determinar el contenido de derechos humanos que se encuentran previstos en un mismo instrumento internacional obligatorio para todos los Estados parte del mismo, lo hace analizando conductas específicas observadas por agentes

estatales de un Estado, en razón de un contexto fáctico específico y atendiendo a las particularidades del ordenamiento jurídico respectivo. Sobre la cuestión de las analogías, la Corte Interamericana señala la aplicación tanto de la *ratio decidendi* como del *obiter dicta*, pero no distingue que su aplicación sea por medio de analogías. Lo cual es la mayor distinción llevada a cabo entre el ámbito interno y el interamericano.

De lo antes señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que para aplicar un criterio de la Corte Interamericana por un juez interno, los operadores jurídicos debían analizar si el criterio resultaba aplicable al ordenamiento jurídico mexicano, en razón de lo siguiente:

“Así las cosas, cuando se trate de la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado mexicano no ha sido parte, los operadores jurídicos se encuentran obligados a analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano. Este paso previo no dependerá de que la conducta ordenada como debida por la Corte Interamericana sea compatible con la conducta, acto jurídico o norma analizada, sino con el hecho de que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano. Lo mismo ocurre a nivel interno cuando un criterio jurisprudencial emitido, por ejemplo, con base en la legislación de un Estado se utiliza para resolver un caso nacido al amparo de una legislación similar de otro estado. En estos casos, el operador jurídico deberá analizar si las razones que motivaron el pronunciamiento son las mismas, para entonces poder determinar si el criterio jurisprudencial interamericano es aplicable.”

Por todo lo anterior, la Suprema Corte, en la contradicción de tesis, concluyó que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, la Suprema Corte señaló que la aplicación de dicha jurisprudencia debía hacerse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio *pro persona*. En

este sentido, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desprende del propio mandato constitucional establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. Por consiguiente, el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

De esto se sigue que una diferencia trascendental entre el ámbito interamericano y el interno mexicano, en cuanto a la aplicación de los precedentes, refiere que mientras para la Corte Interamericana se debe aplicar un control de convencionalidad de manera íntegra del contenido de los precedentes, en el ámbito mexicano la Suprema Corte señaló que no dependía de la conducta ordenada por la Corte sino de que 1) el marco normativo analizado, 2) el contexto fáctico y 3) las particularidades sean análogas, conforme a la contradicción de tesis, finalizando que se deben verificar las mismas razones, entiéndase las tres anteriores. Lo cual parece restringir la aplicación de la jurisprudencia interamericana, por lo que hace a los casos en los cuales el Estado mexicano no fue parte, a pesar de que la Corte Interamericana señaló, como ya se asentó previamente, que la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Cuestión que sí ocurre en las sentencias de las cuales México fue parte, conforme al Acuerdo del Tribunal Pleno ya citado. Es decir, que si el juzgador determina que la jurisprudencia interamericana no pasa

ese test de compatibilidad señalado en la contradicción de tesis, no se podría ni armonizar ni aplicar el principio *pro persona*.

En resumen, la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ámbito interno cuando el Estado mexicano es parte del litigio se concibe como un precedente en un sentido fuerte, no así cuando no lo ha sido, ya que se autoriza la distinción mediante el uso de analogías en cuanto a los hechos del caso ya resuelto al que se pretende aplicar el precedente. En conclusión, se encuentran los elementos descritos como propios de la teoría del precedente con relación a la jurisprudencia interamericana respecto del sistema jurídico mexicano y éste último con relación al primero.

7.0.- Control de Convencionalidad

No cabe duda que el término control de convencionalidad fue acuñado por el Juez Sergio García Ramírez, en sus votos de las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, y *Tibi Méndez vs Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004. En la primer sentencia, asentó que no era posible seccionar internacionalmente al Estado, es decir, señalar a determinados órganos como responsables y no al Estado en conjunto, dejándolos fuera del control de convencionalidad³⁸⁹; en el segundo voto, estableció que si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, entonces de igual manera, en el plano internacional, la Corte Interamericana resuelve acerca de la convencionalidad de los actos, llevados a cabo en el ámbito interno.

Aunque con anterioridad a la denominación del término, tal como lo conocemos hoy en día, existía una fase de protoconvencionalidad, en la cual en las diversas sentencias y votos particulares se dejaba ver de forma incipiente e imprecisa un término previo al de convencionalidad, como ejemplo se tiene la opinión del juez *ad hoc* Julio A. Barberis, en su voto razonado, del caso *Cantos vs Argentina*, de 28 de noviembre de 2002, en el cual se habría referido a que la interpretación dada

³⁸⁹ Carbonell, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2013, p. 9.

por la Corte Interamericana al artículo 1.1. -criticando que al artículo referido se le diera el alcance- en el sentido de que incluyera alguna violación a la Convención, es decir, que la Convención contuviera una norma que prescribiera su *auto-obligatoriedad*.

En dicho voto, el juez Barberis, señalaba que la interpretación que debía darse al artículo 1.1. de la Convención era en el sentido de la no discriminación, ya que ese alcance le habría proporcionado la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984, sin embargo, el propio juez indica, que en el caso Velásquez Rodríguez, cuando en aplicación del principio *iura novit curia* señaló violación al artículo 1.1, en razón de que Honduras había violado los deberes de respeto y garantía en relación con los derechos contenidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención.

Asimismo, ya en el caso *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, de 5 de febrero de 2001, se comenzaba a delinear parte del control de convencionalidad, que en sí no era nuevo, ya que, en nuestra opinión, fueron los peritajes en materia de derecho internacional, en ese caso, los que pusieron de manifiesto que en Chile debía imperar el derecho internacional por encima del derecho interno, cuestión que retomaría la Corte Interamericana en su análisis de posibles violaciones del artículo 2 de la Convención Americana, al señalar que en el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribía que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debía introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Con posterioridad, en el año 2010, ya existiendo la posibilidad de señalar el control de convencionalidad, no se hizo en el caso *Castañeda Gutman vs México*, pero señalaría, en términos parecidos a los señalados en *La Última Tentación de Cristo* que la obligación del artículo 2 de la Convención Americana reconocía una norma consuetudinaria que prescribía que, cuando un Estado hubiese celebrado un convenio internacional, debía introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.

En razón de lo anterior, se aprecia que en efecto, la Corte Interamericana señalaba con base en el principio *iura novit curia*, la violación al artículo 2 de la Convención Americana para condenar a los Estados ante la falta de adopción de medidas internas para adecuar el derecho interno a dicho instrumento internacional.

También se basaba en que debía revisar los procedimientos internos como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades estatales.

Previo al dictado de la sentencia del *caso Almonacid Arellano vs Chile*, de 26 de septiembre de 2006, en el cual se utilizaría por primera vez el alcance del concepto de control de convencionalidad, aunque no dicho concepto, sino el de proporcionalidad, y dicho sea de paso parece que el criterio de identificación del control de convencionalidad se señala con base en dicho principio, basta observar lo establecido en el *caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, de fecha 31 de enero de 2006, la Corte señaló que el principio de proporcionalidad constituía una herramienta de aplicación e interpretación tanto de la normativa interna como de los instrumentos internacionales, para determinar la responsabilidad del Estado, ello dependía de la naturaleza del derecho que se alegaba violado, de las limitaciones generales o específicas que admitía su goce y ejercicio, y de las particularidades de cada caso.

Del cuadro anterior, sobre cómo se fue delineando la utilización del control de convencionalidad, se observa que para su aplicación, el camino a seguir, pasó desde el señalamiento de que existía una obligación de respeto y garantía así como adecuar el orden interno, al hecho de que debía revisar los procedimientos internos, así como sopesar el principio de proporcionalidad, es decir, que después de la sentencia del *caso Almonacid*, el control de convencionalidad pasaba a englobar los atributos antes descritos, para que la Corte señalará en sus sentencias que se debía ejercer dicho control. El tipo de casos en los cuales se señalaría el control de convencionalidad, dependía de la naturaleza del derecho, de las limitaciones y de las particularidades, por lo que no todos los derechos

señalados en la Convención pueden cumplir con dicho estándar, es decir, se trata de derechos de carácter absoluto, en otras palabras, la Corte en el empleo del control de convencionalidad lo ha hecho con relación a normas de carácter *ius cogens*, como lo son la desaparición forzada, el principio de no discriminación, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, acceso a la justicia, protección judicial, garantías judiciales, revisión del fallo penal, crímenes de lesa humanidad, derecho a la vida y las violaciones al derecho humanitario aunque no señalando directamente violaciones a dicho derecho, sino aplicando su contenido a la interpretación de la Convención Americana.

Para la condena realizada en casos de desaparición forzada y que conllevó la mención de la aplicación del control de convencionalidad, se tienen los casos *La Cantuta vs Perú*, de fecha 29 de noviembre de 2006; *Heliodoro vs Panamá*, de fecha 12 de agosto de 2008; *Radilla Pacheco vs México*, de fecha 23 de noviembre de 2009; *Gomes Lund vs Brasil*, de fecha 24 de noviembre de 2010; *Gelman vs Uruguay*, de fecha 24 de febrero de 2011; *Masacre de Río Negro vs Guatemala*, de fecha 4 de septiembre de 2012, que incluía a su vez tortura y esclavitud; *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala*, de fecha 20 de noviembre de 2012; *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, de fecha 30 de noviembre de 2016.

El principio de no discriminación en casos como el de la *comunidad Xákmok Kasek vs Paraguay*, de fecha 24 de agosto de 2010; el caso *Vélez Loor vs Panamá*, de fecha 23 de noviembre de 2010; el caso *Furlán y familiares vs Argentina*, de fecha 31 de agosto de 2012 y el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana*, de fecha 28 de agosto de 2014.

Con relación a la prohibición de la tortura, en los casos *Fernández Ortega y otros vs México*, de fecha 30 de agosto de 2010; *Rosendo Cantú y otra vs México*, de fecha 31 de agosto de 2010; *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, de fecha 26 de noviembre de 2010; *Masacre del Mozote vs El Salvador*, de fecha 25 de octubre de 2012; *Mendoza y otros vs Argentina*, de fecha 14 de mayo de 2013; *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, de fecha 26 de noviembre de 2013; *J.*

vs Perú, de fecha 27 de noviembre de 2013; *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs República Dominicana*, de fecha 28 de agosto de 2014.

El caso *Boyce y otros vs Barbados*, de 20 de noviembre de 2007; caso *López Méndoza vs Venezuela*, de fecha 1 de septiembre de 2011, relativos a la protección judicial.

El caso *Chocrón Chocrón vs Venezuela*, de 1 de julio de 2011, así como el caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs Honduras*, de fecha 8 de octubre de 2015, respecto a violaciones a las garantías judiciales.

Respecto al acceso a la justicia se incluye el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, de fecha 24 de noviembre de 2006.

Como parte del derecho a la revisión del fallo penal, se tiene el caso *Norín Catrimán vs Chile*, de fecha 29 de mayo de 2014.

En el caso de crímenes de lesa humanidad, la Corte Interamericana se efectuó en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, de fecha 26 de septiembre de 2006.

Violaciones al Derecho Internacional Humanitario caso *Masacre de Santo Domingo vs Colombia*, de fecha 30 de noviembre de 2012.

Con relación al derecho a la vida, en la sentencia del caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, señaló que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, indicando que no eran admisibles enfoques restrictivos al mismo y en caso *García Ibarra y Otros vs Ecuador*, sentencia de 17 de noviembre de 2015.

Por otro lado, debido a los efectos generales de determinadas leyes y sentencias, ello puede acarrear que la Corte Interamericana haga mención en la sentencia de la aplicación del control de convencionalidad, aun cuando no sean casos de normas *ius cogens* como en el caso *Fontevéchia y D'Amico vs Argentina* de 29 de noviembre de 2011, en el cual el análisis del asunto se centró en la decisión de

la Corte Suprema de Argentina, en ese sentido la condena se debió no a la norma civil en sí, que imponía una suma de dinero como compensación, sino a la medida de responsabilidad ulterior impuesta en una sociedad democrática, es decir, que la Corte también protege la subsistencia de la sociedad democrática.

Sin embargo, previo a ello, la Corte Interamericana en el *caso Usón Ramírez vs Venezuela*, de 20 de noviembre de 2009, había señalado la necesidad de un control democrático, concepto que parece no quiso retomar, en el caso *Fontevicchia*, prefiriendo utilizar el de control de convencionalidad y que en la sentencia del *caso López Lone y Otros vs Honduras*, de fecha 5 de octubre de 2015 reiteraría el término control de convencionalidad, para un caso en el cual se ponía en riesgo la democracia.

Se observa que de acuerdo al propio carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Poder Judicial de los Estados no está subordinado a la Corte, no obstante ello, dicho Poder Judicial en los Estados consideraron que debían tomar en consideración las decisiones de la Corte Interamericana, sin embargo, el control de convencionalidad sólo admite su aplicación respecto de cierto tipo de derechos, mismos que han quedado señalados, no así para los que admiten alguna restricción. Lo cual contribuye a la fragmentación del propio derecho internacional de los derechos humanos con un catálogo de derechos débiles y otro fuerte.

Finalmente, de modo análogo a como lo hizo la Corte Internacional de Justicia en el *caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, de 20 de febrero de 1969, en el cual indicó que si bien el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental, tenía un origen convencional, había pasado a formar parte del corpus general del derecho internacional, y era aceptada como tal por la *opinio juris*, por lo cual se había convertido en vinculante incluso para países que no eran parte de la Convención, lo que constituye uno de los métodos reconocidos para la creación de nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario, que dicho sea de paso, la Corte las equipara como reglas del derecho internacional general. Agrega la Corte que otros elementos necesarios para que una norma convencional pueda

ser considerada como que ha llegado a ser una norma del derecho internacional, sería suficiente por sí misma, que aún sin el paso de un periodo de tiempo considerable, exista una participación representativa y extensa. Por lo que hace al elemento del paso del tiempo, un requisito indispensable sería que dentro del periodo en cuestión, corto si se quiere, la práctica de los Estados, que incluya a aquellos Estados cuyos intereses serán afectados, deben ser extensa y uniforme en el sentido de la previsión invocada, y debe también ocurrir de tal modo que muestre un reconocimiento general de que la norma de derecho o la obligación legal esté involucrada. Añade la Corte para que una norma constituya la *opinio juris*, se requiere de dos condiciones: los actos involucrados no sólo deben equivaler a la práctica establecida, sino que deben ser tales que dicha práctica se represente como obligatoria por la existencia de una norma de derecho que así lo requiera, este es el elemento subjetivo. La necesidad de dicha creencia está implícita en la noción de la *opinio juris*. Los Estados involucrados deben, por lo tanto, sentir que están cumpliendo con una obligación legal.

Si se aplicase el criterio anterior al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se observa que, conforme a lo ya indicado, la naturaleza jurídica de la jurisprudencia es la ya explicada, pero su carácter vinculante a nivel convencional, no está probado, pero sí a nivel jurisprudencial; lo que revela una práctica entre diversos estados miembros de aceptar como vinculantes la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es decir, que diversos Estados han implementado en su derecho interno, el reconocimiento de que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes, como resultado de la adopción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pues *lo han hecho 21 Estados de un total de 35 países que conforman la Organización de Estados Americanos*.³⁹⁰ En otras palabras el carácter vinculante de la jurisprudencia deriva de una costumbre a nivel regional, entre dichos Estados firmantes, no así de la naturaleza jurídica de las sentencias ni a nivel internacional ni regional, sino que

³⁹⁰ Ferrer, Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), México, Porrúa, 2012, p. 128.

se fue reconociendo con posterioridad por los Estados. Con lo cual se acreditaron los elementos señalados por la Corte Internacional de Justicia, es decir, la *opinio juris*, el tiempo, la práctica extensa y uniforme, reconocimiento de dicho carácter vinculante.

El sustento de dicha aseveración descansa incluso en el Voto emitido por Sergio García Ramírez en *el caso de los Trabajadores cesados*, en el cual señaló:

“8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional --lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos--, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.”³⁹¹

De igual modo, en el *caso Gelman vs. Uruguay* Sentencia de 24 de febrero de 2011, la Corte señaló lo siguiente:

“215. De igual modo, diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados, observando de buena fe sus obligaciones internacionales.”

De igual modo, en el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, sostuvo lo siguiente:

“30. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso “Mazzeo”), donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el “control de convencionalidad”, reproduciendo prácticamente lo expresado

³⁹¹ Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006.

*por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile.*³⁹²

Queda demostrado que a través de la combinación de la costumbre y el tratado se da el carácter vinculante de las sentencias. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que en su consideración, no sólo su jurisprudencia, sino también diversas prácticas en la región, relacionadas con la implementación judicial de sus órdenes, permitían inferir que no se requerían órdenes específicas para implementar las sentencias, ya que la Convención Americana establecía de forma prístina que las órdenes del Tribunal son obligatorias, lo cual supone la remoción de todo obstáculo que impida, como fue en ese caso, la sanción de los responsables de las violaciones declaradas.³⁹³ Con lo cual se observa que uno de los elementos de la costumbre se encuentra presente, es decir, que los Estados identifiquen una obligación para cumplir las sentencias y lleven a cabo acciones para su realización.

También debe resaltarse lo que la Corte Interamericana ha señalado, en el sentido de que, conforme al artículo 68.1 de la *Convención Americana*, se reproduce el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar.³⁹⁴

Ello se volvió a sostener respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los Derechos Humanos, ya que se afirmó que los Estados partes de la Convención Americana se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Ya que se reproduce el texto de una norma tanto convencional como

³⁹² Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, de 26 de noviembre de 2010.

³⁹³ Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Supervisión de Cumplimiento, 18 de noviembre de 2010.

³⁹⁴ Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2012, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela, Supervisión de Cumplimiento de sentencia.

consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de los tratados y, en general, del Derecho Internacional.³⁹⁵

También se ha indicado que la obligación de cumplir con lo señalado en las sentencias del Tribunal, correspondía a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional de buena fe.³⁹⁶

Finalmente, cabe resaltar el carácter vinculante de las sentencias conforme al control de convencionalidad, de acuerdo a lo siguiente:

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (supra considerandos. 60 a 65).

³⁹⁵ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 21 de agosto de 2014, Supervisión de Cumplimiento de sentencia en 11 casos contra Guatemala.

³⁹⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, en el caso Gelman vs Uruguay, supervisión de cumplimiento

*69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.*³⁹⁷

En el ámbito académico, Manuel Becerra Ramírez señala la existencia de costumbres regionales que a su vez se insertan en el sistema general, conforme a lo siguiente:

*“El derecho internacional es parte de un sistema general, aunque al mismo tiempo es posible (lo que sucede frecuentemente) la creación de subsistemas con características propias, de ahí que podamos hablar de costumbres regionales; pero insistimos, al mismo tiempo está inserto y se retroalimenta del sistema general, por no decir mundial, del derecho internacional.*³⁹⁸

De lo anterior, se puede concluir que a nivel internacional existe una jurisprudencia regional consolidada entre América y Europa en cuanto al carácter vinculante de las decisiones emanadas de sus órganos jurisdiccionales, es decir, las cortes regionales de derechos humanos respectivas. No así del ámbito internacional. Por lo que se puede señalar la existencia de una jurisprudencia regional americano-europea uniforme en este sentido.

8.0.- Integración de los capítulos previos

En un resumen de los tres capítulos, se puede señalar que se ha realizado una investigación que parte de un ámbito del sistema jurídico, en el capítulo primero, filosófico, capítulo segundo, y del derecho internacional de los derechos humanos, capítulo tercero.

³⁹⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

³⁹⁸ Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación...*, cit., p. 132.

En el ámbito del sistema jurídico, se comenzó con una comparación del sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico de Inglaterra, en razón de que en ambos países estaba operando un cambio trascendente en sus sistemas a partir de la adopción de la perspectiva de los derechos humanos. Cuando se preguntó si sería posible que los derechos humanos unificaran los sistemas jurídicos, se puede contestar que ni el propio sistema internacional de derechos humanos está unificado, por las razones ya expuestas, además, en apoyo a lo anterior, se puede citar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, lo siguiente:

“54.-Con fundamento en las consideraciones antes mencionadas, el Tribunal concluye que los procedimientos de informes de los organismos universales de derechos humanos, así como el procedimiento de alerta temprana y acción urgente del CEDR, no tienen el mismo objeto, propósito ni naturaleza que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Los primeros no involucran una parte peticionante que solicita reparación por la violación de los derechos del pueblo Saramaka. En vez de adjudicar controversias y ordenar medidas de reparación que correspondan, tales procedimientos consisten meramente en revisiones de la situación general concerniente a los derechos humanos o a la discriminación racial en un país determinado, en este caso, en Surinam, o conciernen una situación especial que implica una situación de discriminación racial que exige atención urgente. Asimismo, la naturaleza de las observaciones finales y las recomendaciones emitidas por dichos Comités es distinta de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana.”

Ya en el capítulo primero se advertía la fuerza de los derechos con carácter *ius cogens*, como los verdaderos guías de los derechos humanos, cuestión que se confirma a nivel regional, en las américas, a través del control de convencionalidad, que visto, de acuerdo al análisis filosófico del capítulo segundo, afianza una visión utilitarista de la naturaleza filosófica de los derechos humanos, es decir, sólo ciertos derechos pueden ser inviolables, conforme a la visión de Stuart Mill, quien señaló que justicia es el nombre de ciertos requerimientos morales, que visto de forma colectiva, poseen un estándar mayor en la escala de la utilidad social, y son por lo tanto de mayor obligación, que cualquier otro. Baste recordar el limitado listado de derechos sobre los cuales se ha aplicado el control

de convencionalidad, para probar el aserto que se sostiene. Ante ello, tal como señaló Amartya Sen, se requiere de criterios rivales para la producción de ordenaciones de alternancia con algunos elementos compatibles y algunos elementos divergentes, con lo cual se producirá una ordenación parcial que jerarquizará una alternativa a la jerarquía existente. Es decir, del listado de derechos que admiten restricciones y aquellos de carácter absoluto o *ius cogens*, deberán salir los derechos intermedios que compartan elementos comunes y resulten aplicables a la sociedad sin un criterio de utilidad, sino de justicia o equidad, esa es la jurisprudencia sobre la cual la Corte Interamericana no ha construido aún criterios y sobre la cual el Estado mexicano puede comenzar su elaboración como parte del *ius cogens* nacional y orientador de las Américas.

El siguiente paso debe ser ampliar la visión utilitarista de los derechos humanos que se refuerza mediante un control equitativo del alcance de los derechos ya que el generar un catálogo limitado de derechos merma el alcance de protección a la población, que es lo que se requiere en un país sin justicia social y profunda desigualdad como el nuestro, se necesita una amplitud como la señalada por Daniel Márquez Gómez, de acuerdo a lo siguiente:

“Otorgándole el beneficio de la duda a la reforma en materia de derechos humanos, debemos destacar que la reforma se debe encaminar a un cambio en la forma de ejercer el poder político y administrativo en nuestro país. El enfoque en los derechos humanos así lo demanda.

Lo anterior significa que los órganos legislativo, administrativo y jurisdiccional deben aplicar la ley sin distinciones, adecuar sus estructuras y procedimientos para alcanzar el objetivo constitucional de protección de los derechos humanos, pero, sobre todo, como buenos jueces empezar por su casa y limpiarla de la corrupción e impunidad.”³⁹⁹

Se requiere de la ampliación del *ius cogens* latinoamericano, ya que el que hasta ahora se ha venido conformando por medio del control de convencionalidad, ha obedecido a un momento histórico, tal como lo señala Manuel Becerra Ramírez, de acuerdo a lo siguiente:

³⁹⁹ Márquez, Daniel, *Reforma constitucional en materia de derechos humanos. Las tensiones entre "facticidad y validez" y "autoridad y libertad"*, Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, México, núm. 19, enero – junio, de 2012, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/19/cle/cle7.pdf>

“Ese cuerpo jurídico interamericano está formado por las sentencias que son obligatorias entre las partes, y fuera de ellas las sentencias, las opiniones consultivas y las resoluciones de la Comisión IDH, que al final de cuentas también son ejercicios de interpretación de la Convención Americana y juntas son guías de la interpretación para otros casos incluyendo en el foro interno.

Así el corpus iuris tiene un momento histórico, especial de aparición, precisamente en momentos en que las dictaduras latinoamericanas se vienen abajo y a nivel global el sistema bipolar entra en crisis y después también se derrumba. Los países de la región refuerzan sus esperanzas en los derechos humanos y la democracia como forma especial de vida y gobierno. Incluso México (más bien su gobierno) que se había mantenido con un discurso de un país respetuoso de los derechos humanos tiene que aceptar que hay necesidad de incorporarse al sistema interamericano de derechos humanos.”⁴⁰⁰

A ello debe sumarse la crítica que surge al control de convencionalidad, en ese sentido, el propio Manuel Becerra sostiene lo siguiente:

“El control de la convencionalidad que se está extendiendo en América Latina por la vía de las sentencias de la Corte IDH y más cuando dicho control no sólo se refiere a las sentencias en los casos en donde el Estado es parte sino a todas las demás sentencias en los casos en los que servirán como criterios orientadores nos lleva a un cuestionamiento adicional: el relativo al control sobre las decisiones ultra vires de los órganos de control.”⁴⁰¹

Asimismo, Karlos Castilla propone un control de garantía de tratados, de acuerdo a lo siguiente:

“De esta manera, la garantía de tratados es la obligación (artículo 1.1 de la CADH) que toda autoridad vinculada con la administración de justicia en un Estado (artículo 28 de la CADH) tiene de asegurar ex officio el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por medio de la aplicación de los tratados interamericanos que integran su sistema jurídico nacional y la interpretación acorde a tratados de todas las normas internas (artículo 29 de la CADH), observando la jurisprudencia de la Corte IDH (artículo 68 de la CADH) y el principio pro persona (artículo 29 de la CADH), a fin de que no se vea mermado el objeto y fin de dichos tratados (artículo 1o. de la CADH), y de tener la competencia, de conformidad con los procedimientos especialmente establecidos para hacer efectivos los derechos humanos (artículo 2o. de la CADH), solicite a los órganos facultados para ello o, directamente, inaplique

⁴⁰⁰ Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación...*, cit., p. 121-122.

⁴⁰¹ Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación...*, cit., p. 156.

*o expulse las normas nacionales que se opongan al contenido de los tratados interamericanos.*⁴⁰²

En virtud de lo dicho, surge la pregunta sobre qué garantía o herramienta jurídica sería más eficaz para la realización de los derechos humanos a un nivel regional.

Por las cuestiones anteriores, se requiere la remoción de las anclas que impiden un efectivo desarrollo.

El primer inconveniente es la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ya que es la máxima consagración de la visión utilitarista, reduccionista de la justicia a cierto grupo limitado de derechos que han alcanzado ese estatus, a través de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la aceptación que se ha hecho con relación a los derechos con carácter *ius cogens* por otras instancias jurisdiccionales y no jurisdiccionales en torno a ese estatus de ciertos derechos. Cuestión que se encuentra condicionada por los acontecimientos sucedidos durante la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, en un mundo, relativamente, en paz, donde la riqueza es detentada por un grupo selecto de familias y el resto de la población vive en la ignominia de la miseria, cabría preguntarse si en nuestro tiempo o en cualquier otro, resulta preeminente que el derecho a la tortura tenga estatus de inderogable mientras que el derecho a la salud o a la alimentación son derechos progresivos.

El antídoto que se tiene se encuentra en el artículo 27 de la Convención Americana, ya que si los derechos consagrados ahí son inderogables en tiempos de emergencia, con mayor razón no lo serán en tiempos de paz. Lo propio podría decirse del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ambos casos, el derecho a la vida y a la integridad personal son la base del disfrute de todos los demás derechos, sobre estos dos debe girar la interpretación expansiva tanto de derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁴⁰² Castilla, Karlos, *¿Control Interno o difuso de Convencionalidad? Una mejor Idea: la Garantía de Tratados*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, volumen XIII-2013, p. 92-93.

Mientras la debilidad del derecho internacional siga vigente, que se hace extensivo a la protección regional de los derechos humanos, se estima infructuosa o de alcance limitado cualquier intento de control, si no se va acompañado de medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos a nivel interno y mejora económica y social en una sociedad realmente democrática.

Se ha hablado de un control de tratados, sin embargo, parece ser la misma idea del control de convencionalidad, pero anulando esa terminología.

No se podría hablar de homologación de los sistemas de protección de derechos humanos ya que existen mecanismos diversos, así como criterios divergentes respecto de reglas procedimentales diferentes por lo que hace a la admisión, al agotamiento de recursos internos y a la valoración de la prueba, entre otros.

No se puede señalar, como una posible medida de control para el cumplimiento de los derechos humanos o de los tratados o del derecho, que todo el derecho internacional tuviese carácter vinculante ya que existen muchas divergencias, ni siquiera en el derecho internacional de los derechos humanos, cabría esa posibilidad, por las razones ya asentadas.

Resulta imperativo la inclusión de una cláusula expresa sobre el valor y alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la Convención Americana, ya que dotaría de legitimidad al control de convencionalidad, con una notable ampliación de los derechos inderogables que incluyan las necesidades regionales de justicia social que demanda la población, ante la corrupción e ineficiencia de los gobiernos latinoamericanos.

Capítulo IV.- Las implicaciones del caso Rosendo Radilla en el derecho interno mexicano

1.0.- La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos (artículo primero)

Una vez que se cuenta con las herramientas conceptuales ya delimitadas, lo procedente es aplicarlas al caso concreto bajo examen, es decir, al caso Radilla Pacheco, para observar el camino que ha seguido México en este rubro y si existe congruencia de nuestro país respecto de los derechos humanos.

Desde el punto de vista de las fuentes, la reforma se quedó corta ya que las fuentes del derecho internacional público y por extensión del derecho internacional de los derechos humanos no se reducen a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que abarcan todas aquellas indicadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Sobre el particular, cabría preguntarse ¿Qué efecto tienen las fuentes del derecho internacional público en la reforma constitucional?, pregunta que puede desdoblarse a su vez en las siguientes: Conforme a lo estatuido por el artículo 1° constitucional ¿Únicamente, podrían tenerse por fuentes del derecho internacional público, con aplicación en el ámbito interno, la referencia a los tratados?, ¿La redacción del artículo 1°, conlleva la exclusión de las demás fuentes del derecho internacional público?, ¿Aunado al principio *pro persona* y al principio de interpretación conforme, podría hablarse de un principio que se encuentre en el artículo primero que implique de algún modo una garantía de fuentes, es decir, que sin importar si se trata de Constitución, tratado, costumbre, principios, decisiones judiciales, etc., pudiera invocarse esa protección? De ser este último caso, ¿De qué herramienta normativa se valdrán los jueces mexicanos para llevar a cabo esta aplicación de fuentes de derecho internacional público diversas a los tratados internacionales?, ya que quien quiere el fin quiere los medios, como se asentó en el capítulo segundo.

El análisis de la reforma se centrará en el Título Primero “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, artículo 1° de la Constitución, por ser objeto principal de la tesis, a partir del enfoque del derecho internacional de los derechos humanos.

El 23 de abril de 2009, durante la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen con proyecto de decreto que modificaba la denominación del Capítulo I y reformaba los artículos 1, 11, 33, 89 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El proyecto anterior, indicaba las razones como apoyo a las modificaciones del Título Primero, Capítulo I y Artículo 1, siendo las siguientes:

“La reforma al artículo 1° propone distinguir claramente entre derechos humanos y garantías. La modificación protege cabalmente los derechos y garantías individuales, por lo que ya no existiría distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales. Así la única diferencia sería su fuente u origen.

La incorporación del término “persona” incorpora un vocablo menos limitativo que el de “individuo” e incorpora una carga jurídica importante y atiende a la inclusión de lenguaje de género.

Con la adición del verbo “reconocer” se busca que los derechos sean inherentes a las personas y el Estado simplemente reconozca su existencia.

Por otra parte, la incorporación del principio pro personae obedece a la obligación del Estado de aplicar la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”

Dicho proyecto fue turnado a la Cámara de Senadores, la cual remitió a la Cámara de Diputados el dictamen aprobado. En su dictamen, el Senado propuso lo siguiente:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos 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 sobre derechos humanos antes señalados.”

En el dictamen de fecha 15 de diciembre de 2010, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, de la Cámara de Diputados consideraron lo siguiente:

“Por las consideraciones anteriores, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos tuvieron a bien modificar la minuta del Senado de la manera que a continuación se explica.

IV. Modificaciones

(...)

La modificación que se propone al artículo 1° obedece a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de cualquier tratado internacional del que México sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos. Por lo tanto, mantener la redacción que propone el Senado en torno al goce de aquellos que solamente sean en materia de derechos humanos limitaría el reconocimiento histórico de los derechos previstos en otros instrumentos en los que se contempla la dignidad humana. Esto no implica que se deban abarcar otros instrumentos que nuestro país haya suscrito en materia comercial o de índole similar.”

En sesión celebrada el 8 de marzo de 2011, la Cámara de Senadores aprobó el proyecto de decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez aprobadas las reformas, se procedió a la publicación el 10 de junio de 2011 y poco después se presentaría la consulta sobre el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla por parte del Poder Judicial de la Federación.

Jorge Carmona opina sobre la reforma lo siguiente:

“En pocas palabras, se contempla no sólo los tratados cuya naturaleza y esencia sea de derechos humanos, sino también las disposiciones que contengan tales derechos, así se encuentren en tratados internacionales que

no formen parte del grupo reconocido de tratados de derechos humanos; por ejemplo, lo que ocurra, con muchos tratados derivados de la Organización Internacional del Trabajo, o lo sucedido con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de cuyo artículo 36 la Corte Interamericana derivó, en la opinión consultiva 16, reglas básicas del debido proceso en caso de extranjeros sometidos a juicio en un país diverso al de su origen.”⁴⁰³

En opinión de Víctor Martínez Bullé-Goyri, la denominación de la reforma como “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, resulta errónea en razón de lo siguiente:

“La propuesta de reforma que comentamos aborda el tema desde el artículo 1º, con la introducción de los tratados internacionales, además, de la Constitución, como fuente de los derechos humanos en el orden jurídico nacional; con lo que les da a los derechos, consignados en los tratados, jerarquía de norma constitucional. Pero debe aclararse que con esto no se reconoce esa jerarquía a los tratados mismos, sino sólo a los derechos en ellos consignados; lo que sin duda es adecuado, pues de otro modo, nos llevaría a construir un sistema de derechos con fundamento constitucional, que podrían ser considerados como derechos de primera, y una segunda categoría integrada por los derechos contenidos en los tratados, cuando es evidente que esto no puede ser así, aunque actualmente, incluso en la Suprema Corte, se pueda entender de esa manera.

(...)

Lo que no se resuelve en la propuesta es si en la aplicación de las normas de derechos humanos y en su interpretación se atenderá a la jurisprudencia y doctrina establecida por los organismos internacionales encargados de la aplicación de los tratados.”⁴⁰⁴

En opinión de Tonatiuh García Castillo, la reforma se quedó corta, en lo tocante a las fuentes del derecho internacional, por lo siguiente:

“Con la reforma, por tanto, no se incorporaron todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, tampoco se incorporan todos los principios de interpretación ni las normas que les dan vida; simplemente se incorporan aquellos derechos humanos establecidos en los tratados que México ha suscrito o llega a suscribir. Desde este punto de vista, la reforma

⁴⁰³ Carmona, Jorge, *Las Reformas y las Normas de Derechos Humanos Previstas en los Tratados Internacionales*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord. (s)), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo Paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011, p. 45.

⁴⁰⁴ Martínez Bullé-Goyri, Víctor, *Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derechos Comparado, México, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril de 2011, p. 409-411.

*representa un avance, pero limitado por la visión monista del derecho mexicano que no reconoce la supremacía del derecho internacional.*⁴⁰⁵

Con relación a lo anterior, pareciera estar en sintonía con lo que pide el derecho internacional de derechos humanos, de no anteponer el derecho interno en el cumplimiento de los compromisos asumidos en la materia, como quedó señalado en el capítulo anterior. Por lo que sí se puede asumir que la reforma es un avance limitado, en razón de no incorporar otras fuentes del derecho internacional, con incidencia en los derechos humanos, como observaremos a continuación.

Teniendo, un panorama más amplio, con relación a las fuentes del derecho internacional y la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se puede intentar arribar a una posible respuesta a las interrogantes del comienzo del capítulo.

Al efecto, es conveniente resaltar que resultaría imposible indicar que la única fuente del derecho internacional público aplicable, en el ámbito interno, en materia de derechos humanos, fuesen los tratados internacionales. Con el dictado de las sentencias en el ámbito interamericano, se ha señalado que las decisiones judiciales de la Corte Interamericana son obligatorias. Puede añadirse, una vez considerado lo anterior, que la redacción del artículo 1 constitucional, referente a que los tratados internacionales son la fuente externa de derechos humanos, y que se pudiera entender en el sentido de que exclusivamente deben verse a estos como tal, no resulta cierta y, a pesar, de que su redacción pudiese sugerir esto, la interpretación que debería otorgarse es la de incluir a las demás fuentes del derecho internacional, ya que los tratados internacionales no operan aislados en el ámbito internacional, puede darse el caso de que el tratado consagre una norma consuetudinaria o que se forme una nueva norma consuetudinaria, como se expuso en el capítulo tercero, una norma de un tratado que no ha sido firmado por un Estado puede llegar a formar parte del corpus general del derecho

⁴⁰⁵ García, Tonatiuh, *La Reforma Constitucional Mexicana de 2011 en Materia de Derechos Humanos. Una Lectura desde el Derecho Internacional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015, p. 659.

internacional, de acuerdo a lo señalado por la Corte Internacional de Justicia en el *caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, de 20 de febrero de 1969*.

Ello es así, en razón de que el artículo 1 constitucional no prohíbe el acudir a otras fuentes de derechos humanos, simplemente señala los tratados internacionales, sin embargo, los tratados son una de las fuentes, no la única.

En este sentido, ¿Qué ocurre con las demás fuentes? La jerarquía de las fuentes externas en el orden jurídico mexicano sería tratados y jurisprudencia, esta última acotada a la interamericana, de acuerdo a los últimos criterios que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, el expediente varios 912/2010, la contradicción de tesis 293/2011 y el expediente varios 1396/2011, entre otras, que se analizaran más adelante. Lo cual *a priori* parecería limitativo.

Sin embargo, cabría recordar que en nuestra opinión existen dos vías para incluir otro tipo de fuentes en el orden jurídico mexicano, como la costumbre internacional, la equidad y los principios generales del derecho, como fuentes directas y como medios auxiliares la doctrina. Incluso, los acuerdos de solución amistosa firmados ante la Comisión Interamericana pudiesen ser consideradas en un momento una fuente más, en razón de la autonomía que tiene la Comisión en el desempeño de sus funciones, siempre y cuando no sea limitada por la revisión de la legalidad que pudiese llegar a ejercer la Corte Interamericana sobre la misma, como se comentó en el capítulo tercero.

La primera vía de inclusión de otras fuentes de derecho internacional distintas a los tratados o la jurisprudencia, para ser aplicada en el ámbito interno, se inscribe dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; México es parte de este tratado y en el mismo, en el artículo 38, se prescribe la aplicación de normas consuetudinarias, aún cuando un tercer Estado no manifieste su consentimiento, el ejemplo más claro quedo asentado en el *caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, de 20 de febrero de 1969*, además, en el artículo 53, se establece la nulidad de cualquier tratado en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General.

La segunda vía se inscribe en el ámbito de las sentencias de la propia jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que esta Corte señaló, en la *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman vs Uruguay*, que la sentencia no se limitaba en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluía todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento.

Cuestión que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación avaló en el expediente varios 912/2010, conforme al Acuerdo Pleno indicó que para el Poder Judicial resultaban vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resolvía ese litigio. En ese orden de ideas, para que en el orden interno los jueces nacionales arriben a resultados similares a los de la Corte Interamericana posiblemente requieran utilizar los mismos medios, es decir, costumbre, principios generales, incluso normas de soft law.

Sin embargo, también otras instancias también realizan una labor de interpretación como se observó en el capítulo tercero, respecto de tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. Por lo que existiría un déficit en este aspecto, ya que la Suprema Corte únicamente reconoció la jurisprudencia de la Corte Interamericana como obligatoria, ante lo cual, surge también, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, como se observó en el capítulo dos, que debe existir una integración del sistema regional al universal.

En este sentido, deberá observarse si los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberían incluir la jurisprudencia de dichos organismos internacionales o el actuar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo que hace a la costumbre, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el *Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, lo siguiente:

“175. El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La obligación de reparar se regula por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.”

Entre los principios generales del derecho más utilizados por la Corte Interamericana se encuentra *iura novit curia*, de conformidad con lo señalado entre muchas otras sentencias, se cita de modo ejemplificativo lo señalado en el *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, de acuerdo a lo siguiente:

“156. El Tribunal tiene la facultad de analizar la violación o no de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda, con base en el principio iura novit curia, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, y “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente.”

Por lo que hace a la equidad, un ejemplo de como es utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede encontrar cuando la misma realiza las reparaciones, como lo hizo en el *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas)*, al indicar lo siguiente:

“87. En el presente caso, la Corte ha seguido los precedentes mencionados. Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado “una apreciación prudente de los daños” y para la del daño moral ha recurrido a “los principios de equidad”.”

Como un medio suplementario se encuentra la doctrina, que como fue citado en el apartado de fuentes, sobre ese rubro, se digo que la Corte Interamericana lo consideraba como tal.⁴⁰⁶

De los ejemplos anteriores, se advierte que la jurisprudencia de la Corte hace uso de otras fuentes del derecho, por lo cual, si tanto la Corte Interamericana como la Suprema Corte han indicado que se debe tomar la sentencia en su integralidad, se debe concluir válidamente que otras fuentes del derecho deben ser utilizadas, ya sea para arribar a resultados similares o para garantizar el principio *pro persona*. Lo cual, eventualmente, puede llegar a incluir las observaciones generales de los comités de la ONU, la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por mencionar algunos.

Lo expuesto previamente, conlleva que cuando el juez nacional resuelva un asunto, requerirá aplicar una garantía de fuentes, porque debe tener en cuenta las fuentes que le conduzcan a arribar a la solución que garantice la máxima protección, es decir, en conjunción con el principio *pro persona* y de interpretación conforme.

Otra cuestión que surge, se refiere al alcance que se le dará al término tratado, como vimos se le asigna un significado muy amplio, de acuerdo a la doctrina, sin embargo, en nuestro país se circunscribe a los tratados que cumplen los requisitos de la Constitución, lo cual eventualmente en algún momento podría ser superado, realizando una interpretación *pro persona*.

De acuerdo a lo anterior, la búsqueda de la interpretación más favorable a la persona, implica la búsqueda de la fuente más favorable, en ese mismo sentido, de ahí que se pueda hablar de una garantía de fuentes, que se encuentra en el texto del artículo primero constitucional, conforme a la doble vía con que cuentan los jueces mexicanos, es decir, la Convención de Viena o por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, queda demostrado que existe la

⁴⁰⁶ Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

posibilidad, por las razones apuntadas, de que en México pueda utilizarse desde un tratado internacional suscrito por el Estado mexicano o incluso uno no suscrito que consagre una costumbre internacional, hasta los principios generales del derecho pasando por la jurisprudencia e instrumentos de *soft-law*.

2.0.- El Caso Radilla Pacheco

El caso tuvo como contexto el periodo denominado como *Guerra Sucia* en la década de los setenta, en México, el cual se caracterizó por desapariciones forzadas que tuvieron lugar en circunstancias políticas, sociales y económicas particulares.

De acuerdo al *Informe Especial sobre las quejas en materia de Desapariciones Forzadas ocurridas en la Década de los 70 y Principios de los 80*, de 2001, emitido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos se estableció:

“...el Consejo de la Comisión Nacional acordó la creación de un programa destinado a la búsqueda de desaparecidos, dando origen el 18 de septiembre de 1990 al Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos. Este fue conformado por un grupo de trabajo interdisciplinario en el que participaron miembros de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de la Procuraduría General de la República.”

El Informe antes referido, con relación al caso particular de Rosendo Radilla encontró, en el expediente CNDH/PDS/95/GRO/S00228.000, las conclusiones siguientes:

“IV. CONCLUSIONES:

Con las constancias anteriores, se logró acreditar que elementos del ejército mexicano, adscritos al estado de Guerrero, el día 28 de septiembre de 1974, incurrieron en un ejercicio indebido del cargo, al detener arbitrariamente al señor Rosendo Radilla Pacheco, a quien lejos de ponerlo a disposición de la autoridad inmediata, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo ingresan a instalaciones militares, siendo ésta la última noticia que se tiene registrada sobre su paradero, por lo que además de la retención ilegal, se le atribuye a los citados elementos, la desaparición del agraviado.”

Con posterioridad, la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos sustentaría la Recomendación 26/2001, de 27 de noviembre de 2001 que entre otras cuestiones señaló lo siguiente:

“SEGUNDA. Se sirva girar instrucciones al procurador general de la República a efecto de que se designe un fiscal especial, con el fin de que se haga cargo de la investigación y persecución, en su caso, de los delitos que puedan desprenderse de los hechos a que se refiere esta Recomendación; en caso de resultar procedente, ponga en consideración de las autoridades judiciales competentes los resultados de las indagatorias, y en su oportunidad se dé cuenta a esta Comisión Nacional de las acciones realizadas.”

En función de lo anterior, de acuerdo al *Informe Histórico a la Sociedad Mexicana 2006*, por parte de la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado⁴⁰⁷, se señalaba que los principales hechos que consideraba que debían ser esclarecidos, en respuesta a las demandas de la sociedad, eran los sucedidos entre otras cuestiones respecto a *la suerte de los detenidos que fueron desaparecidos durante la llamada ‘guerra sucia’, el trato que recibieron los detenidos que fueron señalados de apoyar la guerrilla y las políticas de contrainsurgencia que siguió el Estado mexicano llegando, incluso, a la ejecución extrajudicial de detenidos, así como los delitos de lesa humanidad que instrumentó en contra de su propia población.*

El contexto antes referido presentó como telón de fondo la sucesión presidencial de 1970, el surgimiento de acciones de diversos grupos guerrilleros y de contrainsurgencia, con especial incidencia en Guerrero, lugar donde habitaba Rosendo Radilla Pacheco, detenido por miembros del Ejército mexicano y de quien ya no se volvió a saber nada.

Ante dicha desaparición forzada, sus familiares después de buscar justicia infructuosamente en el ámbito nacional acudieron a la jurisdicción interamericana.

⁴⁰⁷ Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, *Informe Histórico a la Sociedad Mexicana 2006* <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB209/informe/intro.pdf>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió la petición presentada por Tita Radilla Martínez, hija de Rosendo, mediante el Informe de Admisibilidad de la CIDH 65/05 derivado de la Petición 777-01, de 12 de octubre de 2005.

Con fecha 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia respectiva, de la cual se desprende que la Comisión Interamericana interpuso su demanda en contra del Estado mexicano por los hechos consistentes en la presunta desaparición del señor Rosendo Radilla, en 1974, a manos de efectivos del Ejército en el estado de Guerrero, que persistía hasta la fecha de la presentación de la demanda, y en la cual se alegaba impunidad para sancionar a los responsables. En virtud de lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte declarar la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, así como declarar el incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana para la adopción de disposiciones de Derecho interno.

El Estado mexicano en respuesta a la demanda solicitó a la Corte que declarara fundadas las siguientes excepciones preliminares:

i) incompetencia *ratione temporis* debido a la fecha de depósito de su instrumento de adhesión a la Convención Americana, consistente en lo siguiente:

*“La H. Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de competencia *ratione temporis* para conocer sobre los méritos del caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco, ya que el Estado mexicano firmó su instrumento de adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 2 de marzo de 1981 y lo depositó en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981.*

La desaparición del señor Radilla, de acuerdo con la demanda de la Comisión, ocurrió el 25 de agosto de 1974, es decir, casi 7 años antes de que el Estado mexicano se adhiriera a la Convención. Los peticionarios también hacen referencia a esa fecha.

(...)

IV.1.4. Particularidades del caso 12.511 que lo hacen distinto a los demás casos que han sido sometidos al conocimiento de la H. Corte.

(...)

El Estado mexicano estima que los razonamientos utilizados por la Ilustre Corte en el caso Trujillo Oroza no son aplicables al caso Rosendo Radilla por las siguientes razones:

A diferencia de Bolivia, México a través de este documento, hace valer sus excepciones preliminares, por lo cual, no considera que la Ilustre Corte tenga competencia para conocer sobre los méritos del caso sub judice.

La desaparición forzada de personas, entendida y defendida por la propia Corte a través de su jurisprudencia, no debe servir como fundamento para que la Ilustre Corte extienda su competencia hacia hechos que ocurrieron mucho antes de que existiera una obligación jurídica internacional para México.

IV.1.5. irretroactividad de las obligaciones jurídicas internacionales.

(...)

Una lectura detallada de la Convención permite afirmar que no existe ninguna disposición en la Convención que autorice la retroactividad de sus disposiciones.”

A la cual la Corte indicó en la sentencia de 23 de noviembre de 2009, lo siguiente:

“24. Con base en lo anterior, la Corte considera que la Convención Americana produce efectos vinculantes respecto de un Estado una vez que se obligó al mismo. En el caso de México, al momento en que se adhirió a ella, es decir, el 24 de marzo de 1981, y no antes. De esta manera, de conformidad con el principio de pacta sunt servanda, sólo a partir de esa fecha rigen para México las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

ii) incompetencia *ratione temporis* para aplicar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas debido a la fecha de depósito del instrumento de adhesión de México, en razón de lo siguiente:

“El Estado mexicano depositó su instrumento de ratificación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 9 de abril de 2002 ante la Secretaría General de la OEA. A partir de esa fecha es cuando

dicho instrumento internacional empezó a tener obligatoriedad jurídica para el Estado mexicano.

(...)

Finalmente es necesario señalar que la Ilustre Corte no tiene competencia para declarar nula alguna reserva a uno o más instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, puesto que, dentro del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no le fue conferida ninguna función de tribunal de casación. Lo que la Ilustre Corte pudiera hacer, más no en este caso, es considerar si una reserva es compatible o no con el objeto y fin que persiguen los instrumentos internacionales que forman el corpus iuris del sistema interamericano de derechos humanos.”

Con relación a esta excepción, la Corte indicó, en su sentencia de 23 de noviembre de 2009, lo siguiente:

“36. En lo concerniente, la Corte considera que la inclusión en el escrito de solicitudes y argumentos de la petición de que la Corte se pronuncie sobre la supuesta nulidad de la reserva efectuada por México a la CIDFP está vinculada con la alegada violación de la disposición a la cual está referida dicha reserva. Por su parte, el Estado ha tenido la oportunidad de presentar sus argumentos de defensa en cuanto a dichas solicitudes ante este Tribunal.

37. Con base en las consideraciones precedentes la Corte desestima esta excepción preliminar.”

iii) incompetencia *ratione materiae* para utilizar la Carta de la Organización de Estados Americanos como fundamento para conocer del caso, por las siguientes razones:

“El Estado mexicano no comparte el punto de vista de los peticionarios, puesto que la Ilustre Corte no se encuentra facultada para fundamentar su competencia en razón de la Carta de la O.E.A., máxime cuando dicho instrumento ni siquiera contempla un catálogo taxativo de obligaciones en esa materia, como sí ocurre en la Convención.”

En su sentencia de 23 de noviembre de 2009, la Corte señaló lo siguiente:

42. La respuesta de los representantes deja claro que no existe en este punto controversia con lo que señala el Estado. La Corte precisa, que efectivamente, no tiene competencia para aplicar disposiciones de la Carta de la OEA en el marco de un proceso contencioso.

iv) incompetencia *ratione temporis* para conocer de presuntas violaciones al artículo 4 (Derecho a la Vida) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, conforme a lo siguiente:

“Tal y como sucede en el caso de los alegatos por presuntas violaciones al derecho a la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, el Estado mexicano considera que esa H. Corte debería declararse incompetente para conocer de presuntas violaciones al artículo 5 de la Convención Americana en agravio de la víctima.

(...)

En tal virtud, el Estado solicita a la H. Corte, que, con base en su jurisprudencia, se declare incompetente para conocer de presuntas violaciones al derecho a la integridad personal del señor Rosendo Radilla Pacheco.”

La Corte desestimo esta excepción preliminar conforme a lo siguiente:

“49. En todo caso, la Corte advierte que la presunción de muerte en casos de desaparición forzada sólo permite concluir que se presume que el señor Rosendo Radilla murió, mas no conlleva a establecer con certeza o aproximación la fecha exacta de su muerte, lo cual sería determinante para dar lugar a lo que el Estado solicita.”

Asimismo, el Estado mexicano reconoció parcialmente su responsabilidad internacional, en el sentido siguiente:

“el Estado reconoce “su responsabilidad internacional derivada de la violación de los artículos 5, 7, así como el incumplimiento parcial a las obligaciones derivadas de los artículos 8 y 25, todos de la Convención y en conexión con el 1.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco”, y

el Estado reconoce “su responsabilidad internacional derivada del incumplimiento del artículo 5, así como el incumplimiento parcial a las obligaciones derivadas de los artículos 8 y 25, todos de la Convención y en conexión con el 1.1 del mismo documento, en perjuicio de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco.”

En razón de lo anterior, la Corte señaló que el Estado no precisó de manera clara y específica los hechos de la demanda que daban sustento a su reconocimiento parcial de responsabilidad. No obstante, al haberse allanado a las alegadas

violaciones de los artículos 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 de la misma, la Corte entendía que México también había reconocido los hechos que, según la demanda —marco fáctico del proceso—, configuraban esas violaciones; es decir, aquellos relativos a la detención y posterior desaparición del señor Rosendo Radilla Pacheco a manos de efectivos del Ejército mexicano, así como la afectación a la integridad personal en su perjuicio. Sobre este último punto, la Corte observó que el Estado se allanó a la violación del artículo 5 de la Convención, en perjuicio de sus familiares, por el incumplimiento parcial de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. El Estado había aceptado la demora injustificada en las investigaciones tendientes a dar con el paradero del señor Radilla Pacheco y a ubicar y sancionar a los responsables; no obstante, negó que persistiera impunidad en el caso y, si bien afirmó que existía una denegación de justicia, indicó que aquella no se debía a la “negligencia o voluntad de mantener impunidad por parte del Estado”.

Asimismo, la Corte Interamericana observó que persistía la controversia entre las partes con relación a la alegada violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco, 5 (Derecho a la Integridad Personal), en perjuicio de “la comunidad donde habitó el señor Radilla Pacheco”, 8 (Garantías Judiciales), en relación con ciertas garantías del debido proceso, 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), en perjuicio de los familiares del señor Rosendo Radilla, en relación con el derecho a conocer la verdad, y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), todos ellos contemplados en la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, subsistía la controversia en relación con el alegado incumplimiento de los artículos I, II, III, IX y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como la determinación de las eventuales reparaciones.

Con relación a los derechos conculcados en contra de Rosendo Radilla, respecto a la libertad personal, integridad personal, vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Corte estimó suficientemente acreditado que el señor

Radilla Pacheco había sido detenido por militares del Ejército y posteriormente trasladado a un Cuartel Militar, que habría sido detenido por simpatizar con la guerrilla, sin orden expedida por autoridad competente, por lo que su desaparición era contraria al derecho a la libertad e integridad personal, y a la vida del señor Radilla, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En consideración de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado mexicano era responsable de la violación de los derechos a la libertad personal 5.1, la integridad personal 5.2, el reconocimiento a la personalidad jurídica 3 y la vida 4.1 del señor Radilla Pacheco, en virtud de la desaparición forzada de la cual era víctima, realizada por agentes militares, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos I y IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Respecto al derecho de acceso a la justicia y la obligación de realizar investigaciones efectivas, que se desprenden de los artículos 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar medidas de derecho interno) de la Convención Americana, y los artículos I, incisos A) y B), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Corte señaló lo siguiente:

“(d) Plazo razonable de la duración de las investigaciones

245. En el presente caso, la Corte advierte que la averiguación de los hechos reviste cierta complejidad, por tratarse de una desaparición forzada en ejecución desde hace más de 35 años.

(...)

282. De lo anterior, la Corte estima que el Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar. En tal sentido, dado que los tribunales militares no son competentes, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto a la supuesta falta de independencia e imparcialidad alegada por los representantes.

(...)

286. *La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.*

(...)

289. *En consecuencia, el Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.*

B2. Recurso efectivo para impugnar la competencia militar

298. *En consecuencia, en el presente caso el recurso de amparo no fue efectivo para permitir a la señora Tita Radilla Martínez impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada de su padre, el señor Rosendo Radilla Pacheco, por la jurisdicción militar, lo cual constituye una violación del artículo 25.1 de la Convención.*

B3. La justicia militar en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada

(...)

311. *Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados.*

(...)

312. *Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el*

presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.”

En razón de lo anterior, la Corte consideró que la investigación de la detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla no fue diligente, ya que no había sido asumida en su totalidad como un deber del Estado ni había estado dirigida eficazmente tanto a la identificación, proceso y eventual sanción de todos los responsables como a la determinación del paradero del señor Radilla Pacheco. Asimismo, el Tribunal estimó que al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tenían estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, el Estado había vulnerado el derecho a un juez natural de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, quienes tampoco dispusieron de un recurso que les permitiera impugnar el juzgamiento de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por la jurisdicción militar.

Con relación al incumplimiento del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana, en relación con el artículo 7.6 de la misma, y de los artículos I d) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte, en este sentido, señaló que la descripción del delito de desaparición forzada de personas debía hacerse tomando en consideración el artículo II de la citada Convención, el cual establece un estándar mínimo acerca de su correcta tipificación en el ordenamiento jurídico interno.

La Corte advirtió que el delito de desaparición forzada se encontraba sancionado en el artículo 215-A del Código Penal Federal de México desde el año 2001, en los siguientes términos:

“Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.”

Sobre este particular, la Corte advirtió que dicha disposición no se refería a “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. El Estado sostuvo que la sanción de la actuación de particulares en el delito se desprende del artículo 212, párrafo segundo, del citado Código Penal Federal, según el cual “se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”. A pesar de ello, para la Corte no quedaba claro si la intervención de “cualquier persona” como partícipe en el delito, en el sentido del citado Código, era equivalente a la idea de que el perpetrador del mismo, es decir, el sujeto activo, es un particular que actúa “con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. Ya que en opinión de la Corte, esta idea reconoce tanto la actuación de particulares como perpetradores en el delito, en ciertas circunstancias, como las distintas formas de participación de agentes del Estado en el mismo, por lo cual resultaba incompleta la tipificación del delito.

De los puntos más trascendentales de la sentencia, se encuentra el párrafo 339, el cual señala que el Poder Judicial debía ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana tomando en cuenta la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

*339. 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 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.

Como se advierte, la sentencia del caso Radilla, en el párrafo que se comenta, destacó la obligación de “todo” el Poder Judicial del Estado Mexicano, en el ámbito de sus competencias, de aplicar control de convencionalidad, o sea, estableció que como autoridades del Estado que suscribió la Convención Americana, los jueces tienen la obligación de aplicarla –*pacta sunt servanda*--. Así, obligó a los jueces mexicanos a aplicar la Convención y la interpretación que sobre el mismo haga la Corte Interamericana.

3.0.- Decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los expedientes varios 489/2010 y varios 912/2010

Teniendo en cuenta la sentencia emitida por la Corte Interamericana, el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo Ortiz Mayagoitia, efectuó la consulta a trámite a los integrantes del Pleno de la Suprema Corte, el 25 de mayo de 2010, a partir de lo siguiente:

“Cabe destacar que la inquietud del ministro presidente Ortiz Mayagoitia para realizar la consulta a trámite deriva de la presentación de nuestro libro El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano, que tuvo lugar el 4 de febrero de 2010 en el edificio alterno de la Suprema Corte, como el propio ministro lo menciona en el debate respectivo: “...¿Cómo llegó el asunto a la Corte y por qué la presidencia hace esta consulta? Accidentalmente, y en la presentación de un libro jurídico, uno de los integrantes del panel se refiere a la intervención de Eduardo Ferrer MacGregor habló de esa sentencia, de sus contenidos y habló de que hay condena expresa para el Poder Judicial federal a la realización de determinadas acciones.”⁴⁰⁸

En dicha consulta a trámite, destacó que era la primera vez que un tribunal internacional vinculaba de manera directa al Poder Judicial de la Federación, lo cual ameritaba un análisis para las acciones que se desarrollarían por parte de la Suprema Corte.

⁴⁰⁸ Ferrer, Eduardo y Silva, Fernando, *El caso Radilla y su Impacto en el Orden Jurídico Nacional*, en Carpizo, Jorge y Astudillo, César (Coordinadores), *Constitucionalismo, Dos Siglos de su Nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, p. 218.

Al respecto, el ministro José Ramón Cossío Díaz elaboró el Proyecto de la Consulta a Trámite en el expediente varios 489/2010.

El referido proyecto en su segundo punto considerativo expresaba que se requería clarificar la naturaleza, los alcances y los efectos de la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en dicho análisis, indicaba el proyecto no exigía hacer un pronunciamiento sobre la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el proyecto señalaba que el Estado mexicano se encontraba únicamente vinculado a dar cumplimiento a los fallos de la Corte Interamericana así como a las medidas provisionales relacionadas con dichos fallos, cuando derivaran de casos contenciosos de los que fuese parte, no así el resto de las decisiones emitidas por la Corte, es decir, las sentencias desarrolladas contra otros Estados y las derivadas de las opiniones consultivas, éstas últimas, si bien no son obligatorias, sí podían imponer un mandato específico respecto a la manera en que deben interpretarse los derechos reconocidos en la Convención Americana. En ese sentido, el proyecto prescribía que la jurisprudencia de la Corte Interamericana siempre debía ser reconocida como un criterio hermenéutico relevante y como un parámetro para el más adecuado cumplimiento de obligaciones internacionales, aunque sólo la que derivara de casos contenciosos de que se fuera parte era jurídicamente obligatoria y vinculante.

De igual modo, el proyecto señalaba que dentro del sistema interamericano se denominaba jurisprudencia al conjunto de sentencias dictadas por la Corte Interamericana en casos contenciosos, las decisiones dictadas en opiniones consultivas y las resoluciones dictadas por ésta en las medidas provisionales.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 31 de agosto de 2010, Intervención del Ministro Cossío Díaz, pp. 5-6, donde textualmente se lee: *En cuanto al valor y alcance de las sentencias de la Corte Interamericana por lo que concierne al Estado Mexicano, en el proyecto se precisa que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se denomina "Jurisprudencia: Al conjunto de sentencias dictadas por la Corte Interamericana en casos contenciosos, las decisiones dictadas en opiniones consultivas y las resoluciones dictadas por ésta en medidas provisionales"* (visible en: http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/ago14.pdf, consultada el 15 de abril de 2017).

Las razones para que el proyecto considerara que la jurisprudencia de la Corte Interamericana que derivara de litigios en los cuales México no fuese parte, consistía en que el Estado mexicano no habría reconocido carácter obligatorio a esas sentencias, y porque no se había reconocido ese carácter ni en la Convención Americana ni en el Estatuto de la Corte Interamericana o en algún otro instrumento interamericano y porque el control de convencionalidad no hacía obligatoria la jurisprudencia de manera general, sino que la convertía en un criterio de interpretación que era deseable seguir para dar uniformidad al sistema de protección. Ahora bien, cuando en el proyecto se pregunta si las sentencias derivadas de casos contenciosos vinculan a todos los poderes federales y locales del Estado mexicano o sólo a uno de ellos, a lo cual, responde que las sentencias que emita la Corte Interamericana deben ser cumplidas por cualquiera de los órganos del Estado si se les vincula.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana vincula a los jueces y tribunales mexicanos, conforme al proyecto, en tres sentidos:

- a) *“Los vincula y obliga en tanto deriva de un caso contencioso o de medidas provisionales de los cuales el Estado sea parte, más si se les dirige un mandato específico.*
- b) *Los puede guiar y apoyar para la interpretación de cualquier derecho reconocido en las normas de origen nacional –Constitución, leyes, etcétera-*
- c) *Les proporciona un parámetro para el cumplimiento de las obligaciones internacionales cuando se interpretan y aplican los tratados internacionales.”*

En el proyecto se señalaba, que las determinaciones de la Corte Interamericana debían ser atendidas, en razón de lo siguiente:

“Ni esta Suprema Corte ni ningún otro tribunal mexicano pueden, motu proprio, cuando en un caso del que México era parte, ya se dictó una sentencia cuya interpretación o aclaración no fue oportunamente solicitada, decidir que la misma no es obligatoria –sobre la base, pongamos por caso, del argumento de que la Corte Interamericana se extralimitó en el ejercicio de sus funciones. Ello podría generar una nueva responsabilidad internacional, pues la obligación de reparar es autónoma respecto de la violación originaria.”

En el aspecto de los alcances, el proyecto indicaba que la Corte Interamericana no ordenaba a los tribunales mexicanos a ajustar sus decisiones a la jurisprudencia del sistema, únicamente, instaba a la adecuación de las interpretaciones constitucionales y legales referidas a la jurisdicción militar. En ese sentido, se establecía que resultaba deseable homologar interpretaciones para avanzar de manera uniforme en la protección de los derechos humanos, pero en todo caso ello se haría en términos que no pusieran en riesgo la independencia que el Poder Judicial debía tener para la resolución de los asuntos que le eran sometidos.

En lo concerniente al control de convencionalidad, el proyecto destacaba que el fundamento de la solicitud de la Corte Interamericana de que los tribunales nacionales desarrollasen no derivaba de la sentencia del caso, sino de la adhesión del Estado mexicano a la Convención Americana al haberse obligado a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

De acuerdo al proyecto, el control de convencionalidad que la Corte Interamericana solicitaba a los órganos del poder judicial no se trataba de uno estricto o técnico en los términos en que había sido definido por la Corte Interamericana, sino de algo que tiene elementos comunes con el mismo y otros que son distintos. En ese sentido, en el proyecto se asentaba que lo que la Corte Interamericana solicitaba a los tribunales estatales era que velaran para que los efectos de la Convención Americana no se vieran mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y para alcanzar eso tuviesen en cuenta no sólo el tratado, sino las interpretaciones efectuadas por ella. Por lo siguiente:

“Para cumplir con esta obligación los tribunales nacionales, incluida la Suprema Corte pueden observar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin que ello signifique que sea obligatoria la jurisprudencia o que toda interpretación deba hacerse en los mismos términos que ella recoge, salvo cuando aplican el tratado internacional, caso en el cual debe tomarse como un parámetro relevante en tanto representa un referente autorizado de interpretación de la Convención Americana.

(...)

Cumplir obligaciones internacionales y dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana no implica, naturalmente, una subordinación indebida al referido tribunal constitucional...La protección que brinda el sistema interamericano es subsidiaria o complementaria de los sistemas internos, no sustitutiva ni principal.”

Con fecha 31 de agosto de 2010, se inició la discusión del proyecto de la consulta a trámite en el expediente varios 489/2010, presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una vez que los ministros se habían puesto de acuerdo en que la Corte no requería de una notificación para cumplir con los puntos de la sentencia de la Corte Interamericana, en la discusión posterior, la ministra Margarita Luna Ramos señaló que la resolución que presentaba el ministro Cossío excedía por mucho lo que era una consulta a trámite.

Ante el dilema de la falta de normas que indicaran un procedimiento para llevar a cabo el cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana, para ello, se sugería encargar a la Comisión de Reglamentos y Publicaciones la elaboración de un Acuerdo General que contemplara este procedimiento. Posteriormente, el presidente de la Corte señalaba la pregunta siguiente: ¿Debemos cumplir la sentencia *motu proprio*? Sin excitativas, ni requerimientos de otras autoridades ¿sí o no? A lo cual el ministro Cossío respondió que ante dicha pregunta, se requería una coordinación con los otros Poderes, es decir, señalaba era necesario tanto el cumplimiento *motu proprio* como la coordinación, ya que la visión de únicamente *motu proprio* no la compartía, por lo que tendría que producirse un desechamiento para el efecto de que otro ministro se hiciera cargo de la consulta para el efecto de someter a consideración de órganos y en qué condiciones. Después se presentó la cuestión planteada por el ministro Aguirre Anguiano, respecto a si las sentencias de la Corte Interamericana obligaban a la Suprema Corte. Ante ello, el ministro Cossío sostenía que esa jurisprudencia no obligaba en su totalidad.

Asimismo, el ministro Cossío preguntaba si la forma de cumplimiento debía extraerse sólo de los puntos resolutiveos o de estos y de las consideraciones. A lo cual, en su opinión se debían atender los puntos resolutiveos evidentemente en su

remisión a las consideraciones. Ante lo cual, en la votación, se resolvió que se podía acudir a la integralidad de la sentencia no así únicamente a los resolutivos y a sus considerandos.

En la sesión de 7 de septiembre de 2010, se aseveró por parte de la ministra Luna Ramos que la consulta a trámite excedía la misma, por lo que se resolvió turnar la consulta a trámite a otro ministro, la cual recayó con la propia ministra Luna, quien elaboró el proyecto a la consulta a trámite en el expediente varios 912/2010.

En la discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del proyecto expediente varios 912/2010, presentado por la ministra Margarita Luna Ramos, de fecha 4 de julio de 2011, en la cual surgió, lo que parecía impostergable, es decir, con posterioridad a la reforma constitucional; en la cual sólo incluían los tratados internacionales en materia de derechos humanos, quedaba pendiente la cuestión tocante a la jurisprudencia, es decir, se requería extender la interpretación del artículo primero constitucional. Para discurrir esta cuestión, se contestaron algunas preguntas previas. La primera se refería a sí respecto a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se podían revisar salvedades, reservas y declaraciones interpretativas por parte de la Suprema Corte de Justicia. A lo cual, se contestó, por ocho votos que no era posible revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones realizadas por el Estado mexicano. Una segunda pregunta interrogaba si las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos; a lo cual, se presentaron diez votos en el sentido de que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana si eran obligatorias. Una tercera interrogante preguntaba si los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana eran orientadores u obligatorios. Ante lo cual, se tuvo una votación de seis votos en el sentido de que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana eran orientadores para el Poder Judicial de la Federación. Entonces la decisión había quedado del modo siguiente: frente a sentencias condenatorias al Estado mexicano, se sostuvo que la decisión y los

criterios eran obligatorios, en tanto, frente a criterios en los que el Estado mexicano no fuese parte y que se refieran a derechos humanos no serían obligatorias.

En la siguiente sesión del Pleno, que tuvo lugar el 7 de julio de 2011, por lo que hacía al considerando octavo, tocante al control de convencionalidad *ex officio*, la ponente aclaró que cuando se hablaba del Poder Judicial no se estaba refiriendo al Federal, se refiere al Poder Judicial en general, pero en su proyecto lo acotaba al Federal, ya que se estaría permitiendo el control difuso de la Constitución lo que en su opinión era incorrecto. Sin embargo, en opinión de los ministros Valls y Cossío se debía dar una interpretación del artículo 133 y 1 de la Constitución a efecto de la existencia de un control difuso de la convencionalidad en el sentido de desaplicar las normas contrarias a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana. Sumándose a la misma postura los ministros Ortiz, Zaldívar y Sánchez Cordero, ésta última añadiendo que se debía tomar en consideración también el principio *pro persona* al referido control de convencionalidad.

En la sesión de 12 de julio de 2011, el ministro presidente ponderó con relación al considerando octavo que tomando en cuenta la propuesta del proyecto para determinar la obligatoriedad y el cumplimiento del control de convencionalidad *ex officio*, presentaba un desdoblamiento en el sentido siguiente:

“...en principio en relación con la obligatoriedad del ejercicio de ese control de convencionalidad, donde hay una posición del proyecto y un desdoblamiento que se hace en el mismo, donde este ya se determina a favor de proponer que sí existe la obligación de ejercer ese control, se dice a los Tribunales de la Federación; que ese control debe llevarse exclusivamente, es la propuesta del proyecto por los Tribunales de la Federación. Aquí se ha discutido en forma amplia y suficiente que no solamente debe de ser en relación con los Tribunales de la Federación, sino que esta situación relacionada con el 1° constitucional reformado, se hace referencia en tanto que no hay distingos a los jueces del Estado mexicano.

De esta suerte, en principio voy a someter a su consideración, a votación, ya en este desdoblamiento estas dos preguntas.

La primera de ellas sería, de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia, materia de la consulta: ¿El Poder Judicial debe ejercer un control de

convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, que ese es el deber concreto?”

Con relación a esta pregunta, se presentó una votación de siete votos en el sentido de que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Judicial debía ejercer un control de convencionalidad.

La segunda pregunta consistió: ¿En términos de la propuesta del proyecto, el control de convencionalidad lo deben realizar solamente los tribunales de la Federación o todos los jueces del Estado mexicano? La votación resultó en siete votos en el sentido de que el control de convencionalidad debía ejercerse por todos los tribunales del Estado mexicano.

En esa misma sesión, se votó un modelo del control de convencionalidad que incluía el control de constitucionalidad, que consistía en un modelo concentrado ejercido por el Poder Judicial de la Federación, es decir, los tribunales de amparo, que comprende las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad así como los amparos, en este tipo de control el posible resultado sería la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o inter partes, no habría declaratoria de inconstitucionalidad.

En el control por determinación constitucional específica, este modelo sería ejercido por el Tribunal Electoral en juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos, aquí no se presentará declaratoria de inconstitucionalidad, solo inaplicación.

El control difuso lo ejercerían el resto de los tribunales federales (juzgados de distrito y tribunales unitarios de proceso federal y tribunales administrativos y en el ámbito local sería ejercido por tribunales judiciales, administrativos y electorales, no se presenta una declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación).

El control por medio de la interpretación más favorable lo ejercerían todas las autoridades del Estado mexicano y consistiría únicamente en la interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicar o declarar inconstitucionalidad.

Dicho modelo propuesto sería aprobado por siete votos.

Posteriormente, por lo que hacía a los párrafos 337 a 342 (en lo tocante a las reformas legislativas al Código de Justicia Militar) de la sentencia del caso Radilla Pacheco, se decidió por nueve votos, que de dichos párrafos resultaban obligaciones para los jueces del Estado mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que ya el Pleno de la Suprema Corte había reconocido como obligatorio. El resultado fue de nueve votos en el entendido de que del contenido de esos párrafos resultaban obligaciones para los jueces mexicanos particularmente al ejercer el control de convencionalidad.

Con relación a esos mismos párrafos, se preguntó si los jueces del Estado mexicano deberían replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia de Radilla y en aplicación del artículo 1º constitucional. A lo cual se obtuvo una votación de diez votos en el sentido de que se debería replicar el criterio en el sentido de la pregunta.

Finalmente, la resolución del expediente varios 912/2010 señaló como puntos destacados lo siguiente:

“14. QUINTO. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus criterios vinculantes y orientadores. De los antecedentes narrados, resulta un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano.

15. Por tanto, cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada y corresponde exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma

Corte o con las reservas y salvedades formuladas por el propio Estado mexicano, ya que nos encontramos ante una instancia internacional.

(...)

17-...Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.

(...)

20. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional...

(...)

22. SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial. Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, aclarando que aquí únicamente se identifican de manera enunciativa y serán desarrolladas en los considerandos subsecuentes:

A) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

(...)

23. SÉPTIMO. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Una vez que hemos dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos, hay que pronunciarnos sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana que estableció lo siguiente:

(...)

31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.”

4.0.- Implicaciones posteriores en el derecho mexicano a la decisión de la SCJN en el expediente varios. Contradicción de tesis 293/11. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer Circuito y el séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito

Se presentó con motivo de la contradicción de tesis entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008.

El citado precedente resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito dio lugar a las tesis aisladas de rubros “Tratados Internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse al nivel de la Constitución” y “Control de convencionalidad en sede interna. Los Tribunales mexicanas están obligados a ejercerlo”.

Por su parte, el criterio sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo 344/2008 dio origen a la tesis aislada de rubro “Derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos”, mientras que al resolver el

amparo directo 623/2008, dio origen a la tesis aislada “Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos”.

Los Tribunales Colegiados contendientes analizaron en los diversos amparos directos sometidos a su consideración, los siguientes puntos jurídicos: (1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; (2) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (3) el control de convencionalidad.

De lo anterior se desprende que ambos tribunales se pronunciaron respecto a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los mismos se ubican debajo de la Constitución, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito consideró que están al mismo nivel.

En relación con el punto (2), referente al carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el amparo directo 623/2008 el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito argumentó que es posible invocar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de disposiciones protectoras de los derechos humanos. En consecuencia, este criterio fue recogido en la tesis aislada de rubro “Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos”.

Al respecto, si bien el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló compartir esa tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al mismo tiempo esgrimió consideraciones acerca de que la jurisprudencia internacional en materia de

derechos humanos es obligatoria, pues entendió el “carácter orientador” de la misma de diversa forma.

En efecto, dicho Tribunal señaló “que las autoridades del Estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno – además de las legislativas– medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normativas internas sino también de las convenciones internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales”. Así, de las afirmaciones anteriores es posible advertir que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito considera a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos como un criterio obligatorio, el cual debe ser aplicado por todas las autoridades con funciones materialmente jurisdiccionales.

En tal sentido, es posible señalar que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un criterio orientador, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito le otorgó a los precedentes de dicho tribunal y a los de cualquier otro organismo internacional de derechos humanos un carácter obligatorio.

No obstante, la contradicción de criterios debía limitarse a establecer el carácter de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el Séptimo Tribunal Colegiado no se pronunció respecto al valor de los precedentes emitidos por otros organismos internacionales, cuestión que como se enunció en el capítulo tercero, deja un vacío en ese sentido, pero como se propuso encuentra su aplicación mediante otros medios.

Asimismo, ambos tribunales sostuvieron la pertinencia del control de convencionalidad en sede interna, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló que éste debe ser ejercido por todas las autoridades jurisdiccionales, mientras que el Séptimo

Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sólo analizó si es posible plantear violaciones a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales a través del juicio de amparo. En consecuencia, no existe un punto de toque entre las consideraciones sustentadas por ambos tribunales respecto al tema del control de convencionalidad.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, puede llegarse a la conclusión de que sí existe la contradicción de tesis denunciada y que la litis de la misma consiste en determinar dos cuestiones: (i) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; y (ii) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, cabe hacer un par de precisiones. Por un lado, la Suprema Corte señaló que si bien en el expediente varios 912/2010 se esgrimieron diversas consideraciones acerca de la obligatoriedad de las sentencias condenatorias al Estado mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal decisión no constituye jurisprudencia por lo que sigue siendo relevante resolver tal cuestión. Y por otro lado, en dicha resolución no se resolvió el tema de la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos. Consecuentemente, el estudio del presente asunto permitiría la construcción de criterios jurisprudenciales con respecto al carácter orientador u obligatorio de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana y permitiría realizar pronunciamientos novedosos respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por último, el Tribunal Pleno no pasó por alto el hecho de que los casos que motivaron la contradicción de tesis fueron resueltos por los Tribunales Colegiados aplicando el marco constitucional que se encontraba vigente antes de que se aprobaran las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y juicio de amparo de junio de dos mil once. En este sentido, si bien los criterios en pugna no se establecieron tomando en cuenta los trascendentales cambios normativos que introdujeron las citadas reformas constitucionales, al incidir la materia de la presente contradicción en un tema directamente vinculado con la protección de los

derechos humanos reconocidos por la Constitución, el Pleno de la Suprema Corte estimó pertinente resolverla a partir del marco constitucional vigente, contribuyendo así a generar un criterio que abonare a la seguridad jurídica en un tema de especial trascendencia para todas las personas.

I. La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución.

De una simple lectura del precepto se desprende claramente que el ordenamiento jurídico mexicano reconoce los derechos humanos provenientes de dos fuentes: la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En este punto la Suprema Corte estimó necesario realizar dos precisiones conceptuales.

La primera se encuentra dirigida a destacar que la Constitución incluye dentro de su catálogo a las “normas de derechos humanos” reconocidas en tratados internacionales, mas no al resto de normas comprendidas en dichos instrumentos internacionales. Aunque puede parecer una cuestión menor, lo cierto es que se trata de una distinción de gran importancia. En este sentido, es posible afirmar que a la luz del nuevo texto constitucional la distinción entre “tratados internacionales de derechos humanos” y “tratados internacionales” no es determinante para resolver la presente contradicción.

Es cierto que tradicionalmente se han distinguido los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyo objeto es precisamente el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías de otros tratados internacionales, como pueden ser aquéllos en materia de libre comercio o de doble tributación. No obstante, el párrafo primero del artículo 1° constitucional parte del reconocimiento de los derechos humanos previstos tanto en la Constitución como en tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, sin hacer referencia a la materia u objeto de los instrumentos internacionales respectivos.

Lo anterior implica que inclusive pueden ser incorporados al catálogo de derechos humanos previstos en la Constitución aquéllos previstos en tratados

internacionales que no sean considerados “de derechos humanos”, tal y como ocurre con el ejemplo paradigmático del derecho a la notificación, contacto y asistencia consular contenido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En este sentido, aunque dicho tratado internacional no constituya un “tratado de derechos humanos”, ello no ha sido un obstáculo para concluir que el citado derecho efectivamente sea considerado un derecho humano.

Así, hablar de “tratados internacionales de derechos humanos” termina por dejar fuera a los derechos reconocidos en otro tipo de instrumentos internacionales, a la vez que incluye otras normas previstas en dichos cuerpos normativos que no necesariamente se encuentran relacionadas con derechos humanos, tal y como puede ocurrir con las disposiciones relativas a la firma y ratificación del instrumento respectivo. Es por ello que este Tribunal Pleno interpreta el contenido del artículo 1° constitucional en el sentido de que el conjunto normativo previsto en dicho precepto se compone por “normas de derechos humanos”, cuya fuente de reconocimiento puede ser la Constitución o un tratado internacional ratificado por México con independencia de la materia de éste.

Lo anterior da paso a una segunda cuestión. De acuerdo a la Suprema Corte, antes de la reforma constitucional, habría sido posible estudiar la dicotomía de “tratados internacionales de derechos humanos” y “tratados internacionales” en general a la luz del enfoque de jerarquía normativa construido a partir de la interpretación del artículo 133 constitucional. Sin embargo, no puede soslayarse que la reforma al artículo 1° constitucional no se acompañó con una enmienda al artículo 133, lo cual condujo al Tribunal Pleno a concluir que la razón de dicha omisión atiende a lo insatisfactorio que sería abordar con base en un criterio de jerarquía formal la problemática surgida por la existencia de dos fuentes primigenias de reconocimiento de los derechos humanos.

La Corte sostuvo que si se parte de la premisa de que ya existía un catálogo constitucional de derechos humanos, lo relevante de la reforma constitucional para efectos de la contradicción de tesis, consistía en que incorporaba los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo. En este

sentido, a partir de que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1º constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1º constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.

Para la Suprema Corte, este artículo reconoce un conjunto normativo –compuesto únicamente por derechos humanos– que escapa a la regulación de la jerarquía de las fuentes prevista en el artículo 133 constitucional y cuyas normas de aplicación fueron específicamente diseñadas para la interpretación y aplicación de derechos humanos.

Lo antes expuesto condujo al Tribunal Pleno a apuntar, como una conclusión preliminar, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En consecuencia, el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no constituye una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos. En estos términos, la Corte procedió a desarrollar las implicaciones que la reforma constitucional habría significado para este nuevo conjunto normativo de rango constitucional, reparando específicamente en la construcción del principio de supremacía constitucional y en la forma en la que

deben relacionarse los derechos humanos reconocidos en ambas fuentes normativas.

II.- El principio de supremacía constitucional a la luz del nuevo marco constitucional.

La problemática antes enunciada condujo al Tribunal Pleno a replantear el concepto de supremacía constitucional para dar cuenta de su operatividad a la luz de las reformas constitucionales, y en especial del nuevo artículo 1º, con motivo del surgimiento de un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, cuya construcción ya habría sido adelantada por la Suprema Corte en algunos pronunciamientos.

En este sentido, en opinión de la Suprema Corte, una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional. Así, este conjunto integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano. Para justificar esta afirmación, la Corte desarrolló una interpretación literal de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional, la cual complementó con una interpretación sistemática del vigente texto constitucional y con una interpretación que esclareciera cuál era la intención y finalidad del Poder Reformador al aprobar las citadas reformas.

La Suprema Corte sostuvo que, de la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional se desprendía lo siguiente: (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México fuese parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos –lo que excluye la jerarquía entre unos y otros–, así como del principio

pro persona, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos. Ahora bien, en virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Constitución forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse de reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema. En ese sentido, el Pleno consideró que el texto del artículo 1º constitucional no podía ser interpretado de forma aislada y sin considerar los demás artículos constitucionales. No obstante, era pertinente aclarar que la interpretación sistemática que se realiza, únicamente, toma en consideración las disposiciones constitucionales que guardan relación con la ampliación del catálogo de derechos humanos reconocidos en la Constitución y con su inclusión dentro del ámbito material de protección del juicio de amparo.

Indicó la Suprema Corte, como expresamente se estableció en el artículo 1º constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Continuó la Corte señalando que en forma paralela –pero indudablemente vinculada–, la reforma constitucional de amparo amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo, para reconocerla en aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos humanos establecidos en tratados internacionales, con independencia de su reconocimiento en la Constitución. Lo

anterior se desprende del texto de la actual redacción de la fracción I del artículo 103 constitucional.

Así refirió la Suprema Corte que la literalidad de la propia disposición también permite concluir que el artículo 1º constitucional amplió el catálogo de derechos humanos previsto materialmente en la Constitución para comprender también aquéllos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuese parte. Al respecto, el Tribunal Pleno consideró que esas conclusiones preliminares se reforzaban si se comparaba ese primer sentido o alcance normativo del artículo 1º constitucional con el texto de otros artículos constitucionales, especialmente los reformados en junio de dos mil once. Dentro de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se introdujeron dos modificaciones adicionales que resultaban especialmente significativas para entender la conformación del nuevo parámetro de regularidad constitucional, a saber, las modificaciones a los artículos 15 y 105, fracción II, inciso g) de la Constitución. Antes de la multicitada reforma, el artículo 15 constitucional prohibía la celebración de tratados internacionales que permitieran la alteración –entendida como afectación– de los derechos humanos establecidos en la Constitución. A partir de la reforma constitucional, tampoco se autoriza la celebración de tratados internacionales que alteren los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

Por otra parte, el artículo 105, fracción II, inciso g) constitucional reconocía legitimación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes y de tratados internacionales por la violación a derechos humanos consagrados en la Constitución. El cambio que introdujo la reforma constitucional consiste en que ahora también se admite la procedencia de este tipo de acciones en contra de leyes y tratados que vulneren los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

En esta línea, señala la Suprema Corte, partiendo de la base de que las reformas constitucionales no alteraron el régimen constitucional de los tratados internacionales en general –con independencia de su materia–, resulta indefectible

concluir que lo único que se modificó fue el régimen constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, las cuales se integraron al parámetro de control de regularidad cuya fuente es la propia Constitución. Sólo así se puede explicar que tanto el artículo 15 como el artículo 105, fracción II, inciso g), permitan la posibilidad de efectuar un control de la validez de tratados internacionales adoptando como parámetro para dicho estudio a los derechos humanos reconocidos en otros tratados internacionales.

En efecto, para la Suprema Corte, de acuerdo a su razonamiento, los dos artículos en comento permiten que la validez de los tratados internacionales se determine por su conformidad o no contravención con ciertas normas que integran, en ese sentido, un parámetro de control de su regularidad normativa. A partir de la reforma constitucional, las normas jurídicas que integran dicho parámetro de control son los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

De acuerdo con la Suprema Corte, esto implica que la validez material de un tratado internacional pueda estudiarse adoptando como parámetro de control a los derechos humanos reconocidos en otro tratado internacional. Por consiguiente, resulta evidente que una interpretación sistemática de los artículos reformados conduce a la ineludible conclusión de que existen normas internacionales que, por reconocer derechos humanos, adquieren un papel o rol preponderante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al convertirse en parte integrante del parámetro de control de regularidad conforme al cual se estudia la validez del resto de las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico mexicano. Sólo así puede entenderse que la Constitución permita el control de la regularidad de tratados internacionales con base en normas cuyo origen normativo son otros tratados internacionales.

Adicionalmente a la interpretación gramatical y sistemática, el Pleno consideró que si se analizaba cuál había sido la intención y finalidad del Poder Reformador al aprobar la reforma en comento también se llegaba a la conclusión de que las normas de derechos humanos, con independencia de su fuente, constituían un

parámetro de regularidad constitucional que servía para dar coherencia y unidad al ordenamiento jurídico en casos de antinomias o lagunas normativas.

En esta línea, de diversos dictámenes de las Comisiones de ambas Cámaras del Congreso de la Unión que participaron en el proceso de reforma, en tanto expresiones de la voluntad del Poder Reformador de la Constitución, la Suprema Corte apreció, que las modificaciones de seis y diez de junio de dos mil once tuvieron la intención de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos, sin importar que su fuente fuese la propia Constitución o los tratados internacionales, a efecto de que los operadores jurídicos las utilicen para interpretar el sistema normativo mexicano, erigiéndose así como parámetro de control de regularidad constitucional.

Así, de un análisis del procedimiento legislativo, en opinión de la Suprema Corte se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento, a saber: (i) se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente fuese la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional; (ii) se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vinculare a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como parámetro de control de regularidad constitucional; y (iii) se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repute de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.

Continuando con la glosa de la contradicción de tesis 293/11, la Corte indicó que al resolver el expediente varios 912/2010 había establecido que el artículo 1º constitucional debía leerse e interpretarse de manera conjunta con lo que disponía el artículo 133 de la Constitución, de forma que los jueces prefirieran “los derechos

humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior”. Siguiendo esa misma línea, en dicho precedente se sostuvo que el parámetro de análisis de este tipo de control constitucional y convencional que deberían ejercer todos los jueces del país, se integraba por los siguientes parámetros: (i) los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano fuese parte; (ii) la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación; (iii) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicho tribunal internacional.

Así, se concluyó que los jueces nacionales debían inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuese parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existía alguno que resultare más favorecedor y procurase una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

En este sentido, ese precedente, posterior a la reforma de junio de dos mil once, está en la línea de la interpretación gramatical, sistemática y originalista antes desarrollada, de acuerdo a la Suprema Corte.

En cuanto a los alcances del principio de supremacía constitucional, como se señaló a lo largo de la sentencia, las normas de derechos humanos constituían el parámetro de regularidad constitucional que debían atender todas las autoridades del Estado mexicano, en el sentido de que los actos que emitan con motivo de su función deben ser coherentes con el contenido de esas normas.

Así, de acuerdo a la Corte, la trascendencia del cambio de paradigma constitucional antes descrito conlleva la necesidad de replantear parcialmente el principio de supremacía constitucional, con base en los nuevos enfoques introducidos por las reformas constitucionales de junio de dos mil once. En efecto,

tradicionalmente se ha entendido que el principio de supremacía constitucional comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que a su vez implica, entre otras cosas, que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes a la misma, tanto en un sentido formal como material.

Si bien este entendimiento no ha cambiado, lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de nuestra Constitución, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, para el Tribunal Pleno defender los derechos humanos es defender la propia Constitución.

Como se había expuesto anteriormente, indica la Corte, el catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales.

No obstante, la afirmación antes expuesta la Suprema Corte señaló que se exigía dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿cómo es posible que una norma, cuya existencia y validez depende de la Constitución, establezca junto con normas constitucionales, el parámetro de control de la validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico?

La respuesta a esta interrogante, en opinión de la Suprema Corte, requiere la disociación de dos momentos: (i) la incorporación de un tratado internacional al orden jurídico que tiene lugar a partir del cumplimiento de los requisitos formales de validez, los cuales se refieren fundamentalmente a la celebración del tratado internacional por el Presidente de la República su ratificación por el Senado; y (ii) una vez incorporado al sistema jurídico, la satisfacción de los requisitos materiales de validez, que consisten básicamente en la conformidad del tratado con la Constitución, en el sentido general de que el contenido del instrumento internacional no contraría las normas constitucionales y específicamente que no afecte los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales.

Estos dos momentos, indica la Suprema Corte, pueden reconducirse a la distinción entre dos dimensiones de la regularidad normativa propias de todo Estado constitucional: por un lado, lo que sería la “vigencia” o “existencia” de las normas, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que es una propiedad que depende de la correspondencia con las normas formales sobre su producción; y por otro lado, la “validez material” o “validez propiamente dicha” que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción.

En esta línea, los requisitos de existencia o vigencia de los tratados internacionales están contemplados en los artículos 89, 37, 38, 76, y 133 constitucionales, ya que estos preceptos establecen que los tratados internacionales deben ser firmados por el Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado mexicano y aprobados por el Senado. Por otra parte, los requisitos de validez material se contemplan en los artículos 133 y 15 constitucionales.

Estos artículos exigen, refiere la Corte Suprema, respectivamente, que los contenidos de los tratados internacionales “estén de acuerdo” con los contenidos en el texto constitucional y que no “alteren” los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales. Así, mientras el incumplimiento de los requisitos de forma conduciría a concluir que un tratado

internacional no es derecho vigente en México, la no satisfacción de los requisitos materiales obligaría a declarar su invalidez.

Para la Suprema Corte, estos requisitos materiales de validez son los que deben cumplir los tratados internacionales incorporados (o que se vayan a incorporar) al sistema jurídico mexicano. Mientras el artículo 133 constitucional impone a todos los tratados internacionales el requisito material de no contravenir o estar de acuerdo con las normas constitucionales, el artículo 15 constitucional contiene otro requisito de validez material de naturaleza especial, cuyo cumplimiento se exige únicamente respecto a los tratados internacionales que contengan normas de derechos humanos. La especialidad de este requisito radica en que sólo permite la celebración de tratados internacionales cuyo contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos humanos, que comprende tanto a los de fuente constitucional como internacional, prohibición que coincide plenamente con el principio de progresividad –y su corolario de no regresividad– de los derechos humanos, reconocido en el tercer párrafo del artículo 1° constitucional.

En otras palabras, la conformidad de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico interno se debe analizar bajo la regla especial del artículo 15 constitucional, entendida con los principios pro persona, de interpretación conforme y progresividad previstos en el artículo 1° constitucional, los cuales permiten el reconocimiento de nuevos derechos humanos, siempre y cuando esto no se traduzca en un detrimento al contenido y alcance de los derechos previamente reconocidos e integrantes del parámetro de control de regularidad constitucional.

De acuerdo con lo anterior, para la Suprema Corte puede decirse que el requisito previsto en el artículo 133 constitucional refuerza la interpretación de que los tratados internacionales se encuentran en una posición jerárquica inferior a la Constitución, mientras que el requisito previsto en el artículo 15 constitucional garantiza que, con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado

en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1° constitucional. Así, las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por lo tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de supremacía constitucional en los términos previamente definidos.

Las consideraciones antes apuntadas permitieron concluir al Tribunal Pleno que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. Debido a que, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.

En esta línea, refiere la Suprema Corte, en caso de que tanto normas constitucionales como normas internacionales se refieran a un mismo derecho, éstas se articularán de manera que se prefieran aquéllas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular atendiendo para ello al principio pro persona. Por otro lado, ante el escenario de que un derecho humano contenido en un tratado internacional del que México sea parte no esté previsto en una norma constitucional, la propia Constitución en su artículo 1° contempla la posibilidad de que su contenido se incorpore al conjunto de derechos que gozarán todas las personas y que tendrán que respetar y garantizar todas las autoridades y, conforme a los cuales, deberán interpretarse los actos jurídicos tanto de autoridades como de particulares a efecto de que sean armónicos y coherentes con dichos contenidos fundamentales.

Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1° constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación

entendió que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Finalmente, como se desprende de la resolución del expediente varios 912/2010 y de las sentencias que han desarrollado los criterios derivados de dicho asunto, la Suprema Corte indicó que había sido consistente en reconocer la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales realizaren un control de regularidad, ya sea concentrado o difuso dependiendo de las atribuciones de cada órgano y de la vía en la que se tramite el asunto, para lo cual pueden emplear parámetros de constitucionalidad o de convencionalidad.

En cuanto al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo al criterio sostenido en la contradicción de tesis 293/11, la Suprema Corte indicó que la jurisprudencia interamericana se integraba en un sistema de precedentes, según el cual todos los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte Interamericana con motivo de un asunto de naturaleza contenciosa gozaba de fuerza vinculante, sin necesidad de que se siguiera un procedimiento formal distinto. En este sentido, cada pronunciamiento del tribunal interamericano se integraba a la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debía entenderse en clave de progresividad, es decir, como un estándar mínimo que debía ser recibido por los Estados que hubiesen reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente, en forma armónica con la jurisprudencia nacional, o para ser desarrollados o ampliados mediante jurisprudencia que resultare más favorecedora para las personas.

Para el Tribunal Pleno, se debía considerar que esa fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debía extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no hubiese sido parte.

Por un lado, dijo la Suprema Corte que, debía considerarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituía una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otro lado, sostuvo que conforme al artículo 1º

constitucional, todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano formaban parte de un mismo catálogo que conformaba el parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano. En consecuencia, los criterios que emita la Corte Interamericana en sus resoluciones, como intérprete último de la Convención Americana en el ámbito internacional, son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país.

En este orden de ideas, la Suprema Corte sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretendía ni podía sustituir a la jurisprudencia nacional ni debía ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debía hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente implicasen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pudiese llegar a tener un derecho en específico debería ser resueltos, con base en el principio pro persona.

La Suprema Corte indicó que conforme al artículo 1º constitucional, cuando se suscitaren conflictos respecto a cómo interpretar un derecho humano en específico, los operadores jurídicos deberían atender, en cumplimiento al principio pro persona, a las interpretaciones que resultaren más amplias o menos restrictivas para los derechos de las personas. Esta operación podría concluir con el favorecimiento de un criterio del Poder Judicial de la Federación o de uno emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero cualquiera que fuere el criterio aplicado, el resultado debía atender a la mejor protección de los derechos humanos de las personas.

Continuó sosteniendo la Suprema Corte que era en ese sentido que resultaba evidente que la jurisprudencia interamericana era vinculante para los jueces nacionales cuando resultare más favorable, como lo ordenaba el principio pro persona contenido en el artículo 1º constitucional, toda vez que ésta sienta las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho en particular.

Así, para la Suprema Corte no debía entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriñese a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debía entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo de cuál fuese el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante sería que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justificare atendiendo a la aplicación de otro que resultare más favorecedor a la persona.

Lo anterior, ameritaba una aclaración por parte de la Suprema Corte en el sentido de que la vinculación a los precedentes de la Corte Interamericana emitidos en casos en los que el Estado mexicano hubiese sido parte no necesariamente era igual a la emitida en aquéllos donde no lo hubiese sido.

La razón de esto, en opinión de la Corte era evidente, debido a que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaba una sentencia, aunque aplicare su jurisprudencia histórica para determinar el contenido de derechos humanos que se encontraban previstos en un mismo instrumento internacional obligatorio para todos los Estados parte del mismo, lo hacía analizando conductas específicas observadas por agentes estatales de un Estado, en razón de un contexto fáctico específico y atendiendo a las particularidades del ordenamiento jurídico respectivo.

Así las cosas, continúa la Suprema Corte, cuando se tratara de la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado mexicano no hubiese sido parte, los operadores jurídicos se encontraban obligados a analizar si el precedente resultaba aplicable al ordenamiento jurídico mexicano. Este paso previo no dependería de que la conducta ordenada como debida por la Corte Interamericana fuere compatible con la conducta, acto jurídico o norma analizada, sino con el hecho de que el marco

normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso fueren análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano. Lo mismo ocurre a nivel interno cuando un criterio jurisprudencial emitido, por ejemplo, con base en la legislación de un Estado se utiliza para resolver un caso nacido al amparo de una legislación similar de otro estado. En estos casos, el operador jurídico debería analizar si las razones que motivaron el pronunciamiento fueron las mismas, para entonces poder determinar si el criterio jurisprudencial interamericano era aplicable.

La conclusión antes expuesta, bajo el criterio de la Suprema Corte, se refuerza si se toma en consideración que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se habría ido construyendo como una especie de línea evolutiva formada por sentencias que se encontraban interconectadas. Así, la determinación del contenido de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos habría tenido como base la construcción de estándares que resultaren aplicables en todos los Estados de las Américas. Es importante destacar que las consideraciones antes expuestas se ven reforzadas, de acuerdo a la Suprema Corte, por la concepción que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos tenía respecto del control de convencionalidad y la manera en la que su jurisprudencia vinculaba a los órganos jurisdiccionales internos de los Estados.

Con base en todo lo anterior, la Suprema Corte concluyó que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultaban vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano hubiese sido parte en el litigio, toda vez que dotaban de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, la aplicación de dicha jurisprudencia debería hacerse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio *pro persona*. En este sentido, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desprendía del propio mandato constitucional establecido en el artículo 1º

constitucional, pues el principio pro persona obligaba a los jueces nacionales a resolver atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.

Por consiguiente, ese carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exigía a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se hubiere emitido en un caso en el que el Estado mexicano no hubiese sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debía determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que fuere posible, debía armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debía aplicarse el criterio que resultase más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

De acuerdo con lo anterior, debían prevalecer con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por la Suprema Corte en los siguientes términos: “Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, y “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”.

Una vez que se emitió la resolución antes referida, en el país quedaba la sensación de que se estaba limitando la efectiva protección de los derechos humanos. Por lo que, como se observará, en el interior del propio Poder Judicial así como en alguna de las legislaturas de los Estados, se emprendieron intentos para ampliar el control de convencionalidad y, en algún otro caso, se observará, cómo la Suprema Corte, con el criterio sustentado en la controversia constitucional 293/11, relativo a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagró un criterio que resulta más restrictivo para la aplicación de la jurisprudencia interamericana en nuestro país, que aquél que se observa en las controversias constitucionales para acreditar la existencia de criterios discrepantes entre tribunales colegiados.

5.0.- Contradicción de Tesis 299/2013

Se resolvió el 14 de octubre de 2014, se presentó entre el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. Su tema a resolver consistía en determinar si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podía ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detectare que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Las conclusiones a las que arribaron los tribunales, respecto de la posibilidad de ejercer el control *ex officio* de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultaban contradictorias, ya que, por un lado, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito había señalado que no resultaba jurídicamente posible llevar cabo dicho control, toda vez que aún cuando los jueces nacionales contaban con la facultad para ejercer el control de convencionalidad, lo anterior, no los autorizaba para decidir si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia violaba o no una norma convencional, por otra parte, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región sostuvo que la jurisprudencia, al igual que las normas y los actos, podían ser objeto de control difuso de convencionalidad, porque los jueces nacionales deben realizar un examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencia nacionales, frente a los instrumentos universales de protección de derechos humanos.

Al respecto, el Pleno de la Corte señaló que a pesar de que los jueces nacionales cuenten con la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad, ello no apareja que puedan decidir si una jurisprudencia de la Suprema Corte transgrede o no una norma convencional.

Lo anterior, se debe a que cuando se trata de una jurisprudencia de legalidad (integración o interpretación de cualquier disposición secundaria), en opinión de la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito no están autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por esa Corte Suprema, que interprete el precepto legal que se esté analizando en un caso en concreto; pero en su caso sí podrán decidir que la jurisprudencia de este Alto Tribunal no es aplicable, si el Tribunal Colegiado resuelve una pregunta distinta, que no tiene que ver con la interpretación legal que se brindó por el Máximo Tribunal del país, sino que tiene que ver con la constitucionalidad o convencionalidad de ese precepto.⁴¹⁰

Por otro lado, cuando se trata de una jurisprudencia que interpreta un artículo constitucional o convencional o a la jurisprudencia sobre constitucionalidad o convencionalidad de normas de carácter general. En opinión de la Suprema Corte, los tribunales colegiados pueden considerar que la jurisprudencia de la Corte no es aplicable a la cuestión específica que están resolviendo; es decir, al considerar que no resuelve el problema que se sometió a su consideración.⁴¹¹

Lo anterior, significa que no obstante referirse a un problema de constitucionalidad, el análisis que haga el Tribunal Colegiado tenga que ver con un derecho humano distinto que el que está referido en la jurisprudencia propiamente dicho, en esos casos se deberá hacer un análisis para que ese nuevo estudio del derecho humano planteado, no afecte lo ya definido por la Corte.⁴¹²

Ello obedece a que, los órganos jurisdiccionales se encuentran obligados a cumplir con la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte, en razón de carecer de atribuciones para reinterpretar su contenido. Lo anterior es así, ya que la jurisprudencia es de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales del país, incluidos los integrantes del Poder Judicial de la

⁴¹⁰ Cfr. Contradicción de tesis 299/2013. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. 14 de octubre de 2014.

⁴¹¹ *Idem.*

⁴¹² *Idem.*

Federación, por disposición del artículo 217 de la Ley de Amparo; por esa razón si bien un órgano de grado inferior estaría en posibilidad de declarar inconvencional un precepto secundario del orden jurídico nacional, no es posible admitir que ello también corresponda respecto de una jurisprudencia para él obligatoria, sobre todo porque si bien, la porción normativa del numeral constitucional citado, que desarrolla el artículo 217 de la Ley de Amparo, no contine una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano reconocido y cualquiera que sea su fuente, sí contempla una referencia expresa de que la jurisprudencia, en este caso de la Suprema Corte es obligatoria; sobre todo porque admitir que un órgano de menor jerarquía pueda revisar un criterio obligatorio que se dio como resultado de un ejercicio hermenéutico.⁴¹³

En opinión de la Corte, lo anterior, no implicaría que se desatienda el compromiso adquirido por México de ejercer un control de convencionalidad, bajo el principio *pro homine*, porque en el caso de que los Tribunales Colegiados adviertan que una jurisprudencia de la Suprema Corte pudiera resultar inconvencional, existen medios y procedimientos contemplados en la propia legislación, para expresar sus cuestionamientos al respecto, como lo son el procedimiento de sustitución de jurisprudencia contemplado en el propio párrafo décimo del artículo 94 constitucional o las solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción –contenidas en el artículo 107, fracciones V último párrafo; y, VIII, inciso b), segundo párrafo, de la Constitución Federal, que permitirían que sea ese mismo Tribunal el que determine si la jurisprudencia por él emitida no resulta aplicable al marco de derechos fundamentales surgido a partir de la reforma de dos mil once al artículo 1º constitucional.⁴¹⁴

Asimismo, continúa la Corte, si se permitiera hacer un control de convencionalidad sobre una jurisprudencia, se desconocería y quedaría anulada la figura de la delegación de asuntos de competencia originaria del Pleno de la Suprema Corte a las Salas y a los Tribunales Colegiados, cuando sobre tales asuntos exista

⁴¹³ *Idem.*

⁴¹⁴ *Idem.*

jurisprudencia al respecto, ya que la razón de dicha figura está fundada en la certeza que da el sistema de obligatoriedad de la jurisprudencia, en el sentido de que los tribunales colegiados resolverán los casos concretos observando irrestrictamente la jurisprudencia.⁴¹⁵

Aunado a lo anterior, si se permitiera un control de convencionalidad sobre una jurisprudencia, en el ejercicio correspondiente subyace la inobservancia del artículo 217 de la Ley de Amparo y, que no ha sido declarado inconstitucional o inconveniente, por tanto, una interpretación de esa naturaleza no puede realizarse sino es desvirtuado prácticamente, anulando así el sistema de creación jurisprudencial establecido en dicho ordenamiento legal, de tal manera que se incurriría en una contradicción normativa que no se actualiza con el control de convencionalidad, que se hace sobre preceptos legales reglamentarios, pero no sobre la interpretación de la norma sin que se toque la obligatoriedad legal que está en la norma de la propia Ley de Amparo.⁴¹⁶

De la contradicción anterior, se estableció con carácter jurisprudencial el criterio bajo el rubro: “Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”.

De los razonamientos planteados por la Suprema Corte, podemos advertir que en la contradicción de tesis 299/2013, confirmó lo que había indicado en la contradicción 293/11, en el sentido de que debía armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional. Con lo cual, vino a reafirmar lo señalado en el expediente Varios 912/10, ya que el parámetro de análisis del control constitucional y convencional que deben ejercer todos los jueces del país, se integra por: (i) los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; (ii) la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación; (iii) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios orientadores de la

⁴¹⁵ *Idem.*

⁴¹⁶ *Idem.*

jurisprudencia y precedentes de dicho tribunal internacional. Si bien estos parámetros quedaron señalados como una tesis aislada, en el expediente Varios 912/10, en la Contradicción de Tesis 293/11, se estableció que dicho precedente estaba en la línea de la interpretación gramatical, sistemática y originalista antes desarrollada. Con lo cual, se aprecia la continuidad de lo resuelto desde el expediente Varios 912/10, pero lo que se aprecia en realidad es que los tribunales inferiores a la Suprema Corte, continúan supeditados a continuar aplicando la jurisprudencia de la Suprema Corte, salvo las excepciones indicadas, lo que conlleva a la perpetuación de la centralización del control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de la Suprema Corte, bajo el argumento de preservar la unidad interpretativa de las normas que conforman el orden jurídico nacional, mediante la observancia de la jurisprudencia. Es decir, que para que pudiese operar de forma plena el control de convencionalidad por parte de los tribunales inferiores, se requiere una reforma a la Constitución en el artículo 94 y al artículo 217 de la Ley de Amparo. De otro modo, no se cumple lo resuelto por la Corte Interamericana en la sentencia del Caso Radilla vs México, el sentido de que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, entiéndase el artículo 94 consitucional y 217 de la Ley de Amparo, también están sometidos a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 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, todo ello 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. Sin embargo, cuando el entramado jurídico está diseñado para que exista una centralización y se desvirtúa el control de convencionalidad bajo el argumento de que existen jerarquías, lo que ocurre es que se continúa perpetuando el mismo modelo concentrado en la Suprema Corte y bajo el argumento de las competencias no se aplica el control de

convencionalidad por parte de las autoridades encargadas con rango inferior dentro del Poder Judicial Federal.

Es decir, en ese entendido, siguiendo la línea argumentativa establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 339 de la sentencia del Caso Radilla vs México, los tribunales inferiores, no tendrían porque estar supeditados a la aplicación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni al contenido de la Ley de Amparo, ya que merman la aplicación tanto de la Convención como de su interpretación a través de la jurisprudencia que al efecto sustenta la Corte Interamericana, por ser la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos.

6.0- Expediente Varios 1396/2011, relacionado con el cumplimiento en el ámbito del Poder Judicial de la Federación (PJF) de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos de Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega

Este asunto fue resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el once de mayo de dos mil quince, entre los puntos destacados se consideró el aspecto del control de convencionalidad, al respecto se sustentó lo siguiente:

“SÉPTIMO. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Una vez que se ha dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos y comprobado el hecho de que las obligaciones derivadas del fallo corresponden precisamente a aquellas que se comprometió a respetar, deberá pronunciarse sobre lo previsto en el párrafo 236 del caso "Fernández Ortega" y el diverso 219 del caso "Rosendo Cantú", respectivamente, de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana.

(...)

Lo conducente ahora es determinar si el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad oficioso y cómo es que debe realizarse este control, ya que en cada Estado se tendrá que adecuar al modelo de control de constitucionalidad existente.

(...)

De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad oficioso en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que se analiza si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1 y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.”

Este considerando se aprobó por unanimidad de once votos.

Con lo cual, se viene a reafirmar lo contradictorio de las sentencias que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que, por un lado, indica que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en los cuales México haya sido parte, son obligatorias y, por otro lado, la Suprema Corte establece candados para la aplicación de la jurisprudencia interamericana, vedando su observancia, conforme a lo señalado en las restricciones constitucionales y, en la aplicación obligatoria de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte. Por ello, lo afirmado, en el sentido de que existe una aplicación *ex officio*, supeditada al orden constitucional, resulta contradictorio, si lo vinculamos con lo establecido en la Contradicción de Tesis 299/2013, ya que el artículo 94 constitucional y por extensión el artículo 217 de la Ley de Amparo no recogen, el lugar de la jurisprudencia interamericana en el orden jurídico nacional, es decir, se le acomoda a dicha jurisprudencia dentro de un lugar en el cual no está prevista, teniendo carácter superior, y encima supeditándola al derecho interno.

De igual modo, supeditar el control *ex officio* al orden constitucional es contrario a lo que la Suprema Corte estableció en el expediente varios 912/10, en el Considerando Quinto, en el sentido de que las sentencias de la Corte Interamericana eran cosa juzgada y, por ende, lo único procedente era acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos, ya que mediante reinterpretación, lo que la Suprema Corte hace es condicionar la observancia de la jurisprudencia interamericana al modelo de constitucionalidad general, como se indicó en el Expediente Varios 1396/2011.

En nuestra opinión, lo que la Suprema Corte de Justicia debió haber sostenido era que la jurisprudencia interamericana resultada aplicable, a pesar de no estar contemplada ni en la Constitución ni en la Ley de Amparo, incluso por encima de la jurisprudencia nacional a través del control ex officio.

7.0- Acción de Inconstitucionalidad 75/2015

Los dos casos anteriores se circunscribieron al Poder Judicial Federal, en tanto, éste asunto alcanzaba al Poder Judicial de una entidad de la República. Esta Acción de inconstitucionalidad se resolvió el 14 de junio de 2016, consistió en la reforma del artículo 52, párrafo segundo de la Constitución Política del Estado de Jalisco, en el sentido de que los Tribunales garantizarían el control de convencionalidad de los derechos humanos en todas sus actuaciones, favoreciendo siempre éste sobre las leyes federales o estatales salvo en caso de que existiesen restricciones constitucionales o jurisprudencia que manifestase lo contrario.

De la redacción anterior, salta inmediatamente a la vista que, por un lado, esta reforma recogía el criterio de la Contradicción de Tesis 293/11, en el sentido de limitar el control de convencionalidad a la existencia de las restricciones constitucionales, asimismo rescataba del criterio de la Contradicción de Tesis 299/13, la parte que indica que se respete la jurisprudencia del Poder Judicial. Al mismo tiempo, favorecía la aplicación del control de convencionalidad, conforme a lo que establecía la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del *Caso Radilla vs México*.

De la exposición de motivos que fundamentaron la reforma, se advierte que la misma consistió en que se pretendía obligar a que los jueces y tribunales locales realizaran un control oficioso de convencionalidad, prefiriendo la aplicación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, sobre las leyes nacionales.⁴¹⁷

Por dichos motivos, la Suprema Corte razonó que la norma combatida, lejos de establecer un medio de control constitucional local, pretendía incidir en la manera

⁴¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 75/2015 promovida por la Procuradora General de la República.

en que los órganos jurisdiccionales del Estado de Jalisco conciben y ejercitan el parámetro de regularidad constitucional establecido en los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual es cuestión ajena al ámbito competencial del orden jurídico Estatal o local.⁴¹⁸ Ello, con motivo del razonamiento siguiente:

En ese sentido, los Poderes Constituyentes de los Estados nada pueden hacer sobre el mecanismo que deriva de la propia naturaleza de la Constitución Federal que de modo alguno forma parte de la autonomía funcional con las que cuentan las entidades federativas, por exclusión de las atribuciones consagradas expresamente a favor de la Federación atento a la regla prevista en el artículo 124 de la Carta Magna y, por tanto, el ejercicio de tal función jurisdiccional es inherente al ámbito sustantivo del orden jurídico constitucional, al regular, precisamente, el actuar de las autoridades del resto de los órdenes jurídicos del sistema legal mexicano.⁴¹⁹

Añadió la Suprema Corte que en el ejercicio del parámetro de regularidad constitucional se encuentra dirigido a todas las autoridades del Estado mexicano, de ahí que en forma alguna compete a las entidades federativas establecer regulaciones que establezcan la manera en que deba ejercitarse por parte de los órganos jurisdiccionales locales.⁴²⁰

Atendiendo a lo anterior, se colige que el ejercicio del referido parámetro de regularidad está previsto y definido por la Constitución Federal y, en esa medida, no hay materia para la competencia de los Estados sobre ese punto, al ser un tema inherente al orden jurídico constitucional.⁴²¹

Consecuentemente, no corresponde a Legislaturas de los Estados reglamentarlo, matizarlo o de cualquier forma referirse a él, no solamente porque carece de competencia para ello, sino porque, de permitirse esa regulación podría generar un esquema diferenciado y múltiple en cada una de las entidades federativas, lo que lejos de coadyuvar a la generación de criterios uniformes y homogéneos en

⁴¹⁸ *Idem.*

⁴¹⁹ *Idem.*

⁴²⁰ *Idem.*

⁴²¹ *Idem.*

materia de protección de derechos humanos en el Estado mexicano, se traduciría en el detrimento de tales derechos en perjuicio de las personas.⁴²²

En este argumento sostenido por la Corte, en el sentido de pretender resguardar la generación de criterios uniformes y homogéneos, posee el efecto inverso, ya que de acuerdo a la Contradicción de Tesis 293/11, la Suprema Corte supedita la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las restricciones constitucionales y a la aplicación de dicha jurisprudencia en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, con lo cual fragmenta los criterios en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta el contenido, del ya referido del párrafo 339 de la sentencia dictada en el Caso Radilla, en el sentido de que el Poder Judicial ejerza un control de convencionalidad *ex officio* en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales.

Continúa la Suprema Corte indicando que tal situación podría generar un sistema verdaderamente complejo en el que sea cada Constitución local la que defina su propio sistema de control del parámetro de regularidad de la Constitución Federal, generando de esta manera una incertidumbre jurídica respecto a los requisitos y alcances a los que se sujeta ese ejercicio jurisdiccional que, se insiste, se encuentra regulado y definido por la propia Constitución General de la República.⁴²³

Lo anterior revela lo complicado de intentar fusionar un criterio que permita el control difuso de convencionalidad y el deseo, por parte de la Suprema Corte de continuar con un control centralizado.

8.0.- Contradicción de Tesis 37/2015

Finalmente, esta Contradicción de Tesis resuelta el 4 de julio 2016, resulta relevante para el presente trabajo, ya que es posterior a la Contradicción de Tesis 293/11, en la cual debemos recordar que la Suprema Corte sostuvo que para la aplicación de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que el Estado mexicano no hubiese sido parte, los

⁴²² *Idem.*

⁴²³ *Idem.*

operadores jurídicos se encontraban obligados a analizar si el precedente resultaba aplicable al ordenamiento jurídico mexicano. Este paso previo no dependería de que la conducta ordenada como *debida* por la Corte Interamericana fuese compatible con la conducta, acto jurídico o norma analizada, sino con el hecho de que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano. Es decir, se supeditó la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a mayores requisitos que los que la propia Suprema Corte ha establecido para resolver una Contradicción de Tesis, ya que la misma se asegura existe cuando se presenta un punto de derecho independientemente de que las cuestiones fácticas que lo rodean no sean exactamente iguales. Conforme al criterio bajo el rubro: “Contradicción de tesis. Existe cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito adoptan en sus sentencias criterios jurídicos discrepantes sobre un mismo punto de derecho, independientemente de que las cuestiones fácticas que lo rodean no sean exactamente iguales”.

En ese sentido, la Suprema Corte sostuvo que la existencia de la contradicción de tesis no depende de que las cuestiones fácticas sean exactamente iguales, ya que es suficiente que los criterios jurídicos sean opuestos, aunque debe ponderarse que esa variación o diferencia no debe incidir o ser determinante para el problema jurídico resuelto, esto es, debe tratarse de aspectos meramente secundarios o accidentales que, al final, en nada modifican la situación examinada por los órganos judiciales relativos, sino que tan sólo forman parte de la historia procesal del asunto de origen. Esto por lo que hace a las cuestiones fácticas. Por lo que hace a las cuestiones legislativas, se indicó que si las cuestiones fácticas siendo parecidas influyen en las decisiones de los órganos de amparo, ya sea porque se construyó el criterio jurídico partiendo de dichos elementos particulares o la legislación aplicable de una solución distinta a cada uno de ellos, es inconcuso que la contradicción de tesis no puede configurarse, en tanto no podría arribarse a un criterio único, ni tampoco sería posible sustentar jurisprudencia por cada problema jurídico resuelto, pues conllevaría a una revisión de los juicios o recursos

fallados por los Tribunales Colegiados de Circuito, ya que si bien las particularidades pueden dilucidarse al resolver la contradicción de criterios, ello es viable cuando el criterio que prevalezca sea único y aplicable a los razonamientos contradictorios de los órganos participantes. Con lo cual, se observa, que mientras para la jurisprudencia interamericana se requiere no sólo que el marco normativo analizado, sea análogo sino que también se exige ese parecido en el contexto fáctico y las particularidades del caso. En las Contradicciones de tesis a nivel nacional, no se exige analogía fáctica o del marco normativo, sino simplemente que exista un tramo de razonamiento en el que la interpretación ejercida gire en torno a un mismo tipo de problema jurídico: ya sea el sentido gramatical de una norma, el alcance de un principio, la finalidad de una determinada institución o cualquier otra cuestión jurídica en general; ni se supedita a las cuestiones fácticas pues no podría arribarse a un criterio único, ni sería posible sustentar jurisprudencia por cada problema jurídico resuelto. Pero en el caso, de la jurisprudencia interamericana, sí se exige todo lo que en el ámbito interno parece conduce a la inoperatividad de criterios.

En este sentido, se observa que para la aplicación de la jurisprudencia interamericana, la Suprema Corte ha sustentado, sin razón, mayores requisitos para la aplicación de los precedentes interamericanos en los cuales el Estado mexicano no ha sido parte en un litigio.

En este caso, se requiere algo parecido a las contradicciones de tesis nacionales, pero respecto de éstas con la jurisprudencia interamericana, a fin de homologar criterios.

9.0.- El Caso Radilla Pacheco en relación con dos sentencias similares decididas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El caso *La Cantuta Vs. Perú* sentencia de 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), el caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas) y el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), presentan entre sí diversas similitudes así como particularidades. Con relación al motivo de las

violaciones cometidas a las víctimas se encuentra el hecho de que todos sufrieron desaparición forzada por parte de los respectivos ejércitos de sus países.

En el caso de la Cantuta, no se solicitó, ni por parte de la Comisión o de los representantes, que se declarase la responsabilidad del Estado peruano, a pesar de que la fecha de ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se había realizado el 13 de febrero de 2002, es decir, con posterioridad a los hechos, y aún así el Estado reconoció su responsabilidad respecto de la desaparición forzada de personas.

En el caso Ticona, se estableció que la Comisión manifestó la falta de competencia temporal de la Corte para conocer de la detención ilegal y arbitraria y de las torturas sufridas por Hugo Ticona en el año 1980, por lo que, como consecuencia, la Comisión no habría incluido en el objeto de la demanda la alegación de estas violaciones a pesar de que en el año 2006, dos años antes, de que la Corte resolviera este asunto, ya se habría indicado en el *caso Vargas Areco vs Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006*, que a pesar de que la Corte entendía que los hechos habían ocurrido con anterioridad al 26 de marzo de 1993, ya había surgido para el Estado la obligación de investigar respecto de los derechos a la vida y a la integridad personal, que habrían sido presuntamente conculcados, pero sobre los cuales la Corte se decía imposibilitada de pronunciarse. Sin embargo, la propia Corte notó que tal obligación se encontraba pendiente de cumplimiento a la fecha del reconocimiento de la competencia de la Corte.

Es decir, que de igual modo, si se compara este apartado con la excepción interpuesta por el Estado mexicano en el caso Radilla, consistente en que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sólo era aplicable para casos posteriores al 9 de abril de 2002, resultaría ineficaz, ya que el Estado mexicano había ratificado la Convención Americana desde 1981, y ya existía un precedente en sentido contrario. Lejos de ello, el Estado mexicano indicó que no resultaba aplicable el *caso Trujillo Oroza vs Bolivia* ya que en ese caso el Estado boliviano se había allanado a la desaparición forzada, a pesar de

que la fecha de reconocimiento de la Convención hubiese sido posterior a esos hechos y no mediara un reconocimiento por parte de México de su responsabilidad como sí ocurrió en el *caso Trujillo Oroza*. Es decir, la defensa mexicana descansaba en que los hechos habían sido anteriores a la fecha de reconocimiento de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en que la desaparición no había sido reconocida en el allanamiento. Lo cual refleja un craso error, por parte de la defensa del Estado mexicano, en cuanto a que ya existían precedentes en contrario a lo afirmado en dicha excepción.

Lo cual reflejaba que a nivel del sistema interamericano la obligación de respetar los derechos humanos contenida en los tratados internacionales, se reflejaba en la jurisprudencia, criterio que al ser constante y un derecho *ius cogens* aparejaba que todo apuntaría, en la resolución final, que se indicase la aplicación del control de convencionalidad por parte de las autoridades mexicanas a nivel interno.

En tanto, en el caso Radilla, serían los representantes quienes solicitarían que la Corte declarase la violación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, solicitando a su vez que se declarase nula la reserva interpuesta por el Estado mexicano al artículo 9 del referido instrumento. Este caso presenta como particularidad respecto de los casos de la Cantuta y de Ticona que el Estado mexicano no reconoció su responsabilidad por lo que hacía a las violaciones cometidas con motivo de la desaparición forzada de personas.

Además, existía una reserva a la aplicación del artículo IX de esa Convención. Sin embargo, la Corte la declaró nula.

De igual modo, como una posible crítica que formula Karlos Castilla se observa lo siguiente:

“Pese a lo positivo de los resultados en esta etapa, un aspecto que en mi opinión es criticable de la actuación de la Corte Interamericana es que, tras analizar los argumentos de las partes, no tiene la humildad para reconocer cuándo hace suyos los argumentos que le dan éstas y se limita sobre todo, en el caso de los peticionarios, a sólo citar en el texto de la sentencia ideas

*vagas y generales, cuando es claro que sus argumentos finales surgen justamente de lo que éstos dijeron.*⁴²⁴

En este punto, cabe precisar como indica Aníbal Trujillo Sánchez, en su opinión, se debió respetar dicha reserva, en razón de lo siguiente:

*“En este orden de ideas, podemos establecer que si el Estado mexicano, en su momento, expresó su voluntad de obligarse por las convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, conforme a las reglas del Derecho Internacional Convencional y Consuetudinario, entre las que figura el principio de la no retroactividad de los tratados y el principio pacta sunt servanda, debió haberse respetado su voluntad soberana; máxime que, por lo que hace a la no retroactividad de la competencia de la Corte Interamericana, el Estado mexicano se manifestó en forma expresa mediante una reserva al Pacto de San José que, al no haber sido objetada en su momento, tiene plena vigencia. La Corte Interamericana carece de competencia para contravenir la voluntad internacional del Estado mexicano a través de una sentencia que se encuentra viciada de origen ante su falta de competencia para conocer del asunto.”*⁴²⁵

No obstante lo anterior, a nivel internacional, la Corte Internacional de Justicia ya había señalado en el caso *concerniente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo, juicio de 3 de febrero de 2006, (República Democrática del Congo vs Ruanda), jurisdicción de la Corte y Admisibilidad de la solicitud*, que carecía de jurisdicción aún tratándose de obligaciones *erga omnes* o normas perentorias de derecho internacional, de acuerdo a lo siguiente:

“125.- La Corte recuerda que el artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que la irretroactividad de esa Convención es en los términos siguientes:

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicara a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.

En este sentido, la Corte nota en primer lugar que la Convención contra el

⁴²⁴ Castilla, Karlos, *Competencia: puerta de entrada a la esperanza de justicia*, en Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú Silvano (coords.), *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e Implicaciones en el Nuevo Modelo Constitucional en Derechos Humanos*, México, Ubijus Editorial, 2013, p. 117-118.

⁴²⁵ Trujillo, Aníbal, *La Corte Penal Internacional. La Cuestión Humana Versus Razón Soberana*, México, Ubijus Editorial, 2014, p. 464.

Genocidio fue adoptada el 9 de diciembre de 1948, la República del Congo y Ruanda tuvieron acceso a ella el 31 de mayo de 1962 y el 6 de abril de 1975, respectivamente y, que la Convención sobre la Discriminación Racial fue adoptada el 21 de diciembre de 1965, la República del Congo y Ruanda tuvieron acceso a la misma el 21 de abril de 1976 y el 16 de abril de 1975 respectivamente. La Corte nota en segundo lugar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor entre ambos países hasta el 3 de febrero de 1980...conforme al artículo 84, párrafo 2. La Convención sobre el Genocidio y la Discriminación fueron concluidos antes de la última fecha. Por lo tanto, en el presente caso, las reglas contenidas en la Convención de Viena no son aplicables, salvo hasta donde sean declaratorios de derecho internacional consuetudinario. La Corte considera que las reglas contenidas en el artículo 66 de la Convención de Viena no son de esta característica. Ni tampoco las dos partes han acordado la aplicación del artículo 66 entre ellos.

Finalmente, la Corte considera necesario recordar que el mero hecho de que los derechos y las obligaciones erga omnes o normas perentorias de derecho internacional (ius cogens) que están en disputa no pueden por sí mismos constituir una excepción al principio de que la jurisdicción siempre depende del consentimiento de las partes.”

Lo cual debe leerse con el contenido de los artículos 19, 53 y 64 de la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señalan lo siguiente:

“19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

a) que la reserva este prohibida por el tratado;

b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. 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.

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional

general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

Tomando en cuenta lo anterior, se tiene que para México la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor el 27 de enero de 1980, es decir, las disposiciones antes señaladas sobre reservas, tal como ocurría en el caso de República del Congo y Ruanda, ya operaban para México con relación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, habría entrado en vigor para México el 9 de mayo de 2002, y en su artículo XIX se establecía que los Estados podía formular reservas a la Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no fuesen incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versaren sobre una o más disposiciones específicas. Lo cual, se encontraba vinculado con el artículo trece de dicho instrumento, ya que se otorgaba competencia a la Corte Interamericana para conocer de comunicaciones sobre dicho tratado.

Es decir, si se realiza una comparación con el caso Radilla, México había aceptado que no podían formularse reservas incompatibles con el objeto y propósito de la Convención, lo cual se observa que ocurría en el caso de la reserva hecha por México, ya que permitía la competencia de los tribunales militares, cuando a nivel regional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ya había indicado que el acceso a la justicia, era una norma *ius cogens*, por tanto la reserva podía ser declarada nula.

Por lo que hace al control de convencionalidad, se observa que México, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo parcialmente la posición que habrían aplicado en Perú, en el caso de la Cantuta, donde la Corte Interamericana resaltó la existencia de normas internas que regulaban el efecto de las decisiones internacionales y su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. Destacando que el Tribunal Constitucional de dicho país había analizado los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana. En ese sentido,

dicho Tribunal Constitucional sostuvo que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana incluían la parte resolutive y su fundamentación o *ratio decidendi*, en razón de su legislación interna, las sentencias resultaban obligatorias incluso en casos en los cuales el Estado peruano no hubiese sido parte en el proceso.

Por su parte, cuando la Suprema Corte mexicana analizó el asunto de la vinculación de las sentencias, tanto en el expediente varios 912/2010 como en la contradicción de tesis 293/11, a pesar de no existir legislación sobre la incorporación de las sentencias internacionales, cuestión que sí existía en el caso de Perú sobre la Cantuta, y que en México continúa sin existir, que indicara el carácter vinculante de las sentencias de la Corte interamericana y, que ni siquiera la reciente reforma constitucional hacía referencia al carácter que se daría a la jurisprudencia de carácter internacional, sin embargo, la Suprema Corte decidió otorgarle un carácter vinculante.

Lo cual resultaba necesario, ya que en la contradicción de tesis 293/11, la Corte anuló la aplicación de la jurisprudencia sometiéndola a candados de analogía, cuando en el ámbito interno no ocurre lo mismo con las contradicciones de tesis, como quedo apuntado. En vez de haber resuelto la aplicación a plenitud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Asimismo, cabe recordar que en la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte indicó que debía existir, para la aplicación de la jurisprudencia interamericana una analogía con el marco normativo, el contexto fáctico y las particularidades del caso. No obstante ello, a pesar de la falta de algún acto legislativo que incorporara dichas sentencias, se realizó esa operación jurídica, es decir, dicha resolución es inconsistente con su propio contenido, simplemente se fundamentó en que la jurisprudencia era parte de la Convención por venir del intérprete último de dicho instrumento. Contrario a la abundante fundamentación y motivación para la incorporación de los tratados internacionales que se hizo en dicha contradicción de tesis, como quedó señalado en su apartado respectivo, la fundamentación y motivación para otorgar carácter vinculante a la jurisprudencia

interamericana se basó en que se trataba de una extensión de la Convención otorgada por el intérprete último de la Convención y en que debía existir un diálogo jurisprudencial con el resto de las cortes supremas de los Estados de las Américas.

De ello, se aprecia la falta de legislación que otorgara sustento a una analogía de este tipo, como se indicó en la contradicción de tesis 293/11, y denota, de igual modo, el no querer mencionar que el artículo primero no sólo se refería a dos fuentes de los derechos humanos (Constitución y tratados internacionales), sino que también, se estaba haciendo mención a la jurisprudencia interamericana como otra fuente de obligaciones, y que a su vez, se dejó de incluir las demás fuentes de derecho internacional ampliamente reconocidas.

En pocas palabras, las razones dadas para la inclusión de la jurisprudencia interamericana del modo en como se formuló en la contradicción de tesis 293/11 resultan débiles y sin un fundamento sólido, cuando bien pudo haberse realizado por las vías enunciadas, es decir, la Convención de Viena y la propia jurisprudencia, por las razones ya apuntadas, o incluyéndola como una fuente adicional a las dos señaladas en el artículo primero constitucional, reconociéndole el carácter de fuente formal y no indirectamente mediante argumentaciones que si bien resultan ciertas, parecen sacadas sin un fundamento legal apropiado.

En el caso Ticona, no se señaló nada respecto al carácter vinculante de las sentencias a través del control de convencionalidad.

Por lo que hace al reconocimiento de responsabilidad, en el caso Radilla Pacheco, el Estado mexicano, sostuvo que reconocía su responsabilidad por la violación de los artículos 5 y 7, así como el incumplimiento parcial a las obligaciones derivadas de los artículos 8 y 25, todos de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1. de dicho tratado internacional, en contra del señor Rosendo Radilla.

Por lo que hacía a la responsabilidad internacional del Estado mexicano, en perjuicio de los familiares del señor Radilla Pacheco, éste reconoció el incumplimiento del artículo 5, así como el incumplimiento parcial a las obligaciones

derivadas de los artículos 8 y 25, todos de la Convención y en conexión con el 1.1 de la propia Convención. Al respecto, la Corte interamericana sostuvo que el Estado mexicano no había precisado de forma clara y específica los hechos de la demanda que sustentaban su reconocimiento parcial de responsabilidad. Sin embargo, al efectuar el allanamiento a las presuntas violaciones de los artículos 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 de la misma, la Corte entendió que México también había reconocido los hechos que, configuraban esas violaciones. Por ello, la Corte Interamericana razonó que persistía la controversia entre las partes con relación a la alegada violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco, 5 (Derecho a la Integridad Personal), en perjuicio de “la comunidad donde habitó el señor Radilla Pacheco”, 8 (Garantías Judiciales), en relación con ciertas garantías del debido proceso, 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), en perjuicio de los familiares del señor Rosendo Radilla, en relación con el derecho a conocer la verdad, y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

En el caso Ticona Estrada y otros vs Bolivia, sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas), el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional con relación a los fundamentos de hecho y de derecho enunciados por la Comisión en su demanda, no así respecto de las reparaciones.

Por lo que hace al caso de La Cantuta, el Estado peruano se allanó a los hechos alegados pero formuló contradicción respecto de las consecuencias jurídicas que se deseaban atribuir a algunos de dichos hechos, asimismo declaró a la Corte que se allanaba parcialmente respecto a algunas de las pretensiones de la Comisión y de los representantes de las presuntas víctimas. Sobre este aspecto, el Tribunal interamericano consideró que había cesado la controversia sobre todos esos hechos. Con relación a la controversia respecto de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la

Libertad Personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de diversas personas, la Corte observó que había cesado. También, señaló la Corte que había cesado parte de la controversia respecto de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Sin embargo, el Estado alegó que no le eran imputables otros aspectos relativos a la alegada falta de diligencia del Estado al no haber realizado una investigación seria, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable para el esclarecimiento de los hechos ocurridos y la sanción de los autores de los mismos. Por otro lado, el Estado no reconoció responsabilidad por el alegado incumplimiento del artículo 2 de la Convención. El Estado tampoco se allanó a las pretensiones sobre reparaciones presentadas por la Comisión o los representantes.

La Corte consideró que no había hechos que le permitieran concluir que el Estado hubiese violado el artículo 3 de la Convención, es decir, una violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procedía, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana.

El Estado no reconoció su responsabilidad internacional por la violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de las víctimas. La Corte recordó su jurisprudencia en cuanto a que en casos que involucran la desaparición forzada de personas, era posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima era una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido. En ese sentido, los hechos del caso permitieron concluir a la Corte que la violación de la integridad personal de los

familiares de las víctimas, consecuencia de la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de las mismas, se había configurado por las situaciones y circunstancias vividas por algunos de ellos, durante y con posterioridad a dicha desaparición, así como por el contexto general en que ocurrieron los hechos.

Por lo que hacía a la violación al artículo 8 (Garantías Judiciales), la Corte concluyó que un proceso penal adelantado en el fuero común constituía el recurso idóneo para investigar y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de los hechos del caso, por lo que la derivación irregular de las investigaciones al fuero militar, así como los consecuentes procedimientos realizados en el mismo respecto de presuntos autores materiales e intelectuales, constituían una violación del artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas.

De igual modo, para la Corte había quedado demostrado que, pese a que se reiniciaron los procesos penales con el fin de esclarecer los hechos y se habría presentado resultados parciales, aquéllos no habían sido eficaces para enjuiciar y, en su caso, sancionar a todos sus responsables. La Corte consideró, por ende, que el Estado era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.

Por lo que hacía a la violación del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte destacó que existían normas internas que regulaban el efecto de las decisiones internacionales y su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. La Corte observó que en el Perú existían normas que permitían la incorporación de las decisiones internacionales como directamente aplicables y ejecutables a nivel interno y, como tales, por parte de los administradores de justicia. Así, la Ley No. 27.775 que “Regula el procedimiento de ejecución de Sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales”, constituía un importante instrumento en este sentido.

COMPARACIÓN DE LOS CASOS			
	Caso de la Cantuta vs Perú	Caso Ticona Estrada y otros vs Bolivia	Caso Radila Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos
Solicitud de reconocimiento de responsabilidad	No se solicitó ni por parte de la Comisión ni de los representantes.	La Comisión manifestó la falta de competencia temporal de la corte para conocer de la detención ilegal.	Se solicitó por parte de los representantes, solicitando la nulidad de la reserva por parte de México del artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
Allanamiento de hecho y derecho	Perú se allanó a los hechos alegados, pero formuló controversia respecto de las consecuencias jurídicas.	El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional con relación a los hechos y derechos.	Ante la reconocimiento de México de algunas violaciones, la Corte Interamericana entendió que se allanaba a los hechos.
Responsabilidad del Estado	Con relación a las violaciones a los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, la Corte observó que había cesado. Persistió la controversia del alegado incumplimiento del artículo 2, 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.		En este caso, persistió la controversia por lo que hacía a los artículos 2, 3, 4, 5, 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Control de Convencionalidad	La Corte Interamericana resaltó la existencia de normas internas que regulaban el efecto de las decisiones internacionales y su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. Destacando que el Tribunal Constitucional de dicho país había analizado los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana. En ese sentido, dicho Tribunal Constitucional sostuvo que el carácter vinculante de las	En el caso Ticona, no se señaló nada respecto al carácter vinculante de las sentencias a través del control de convencionalidad.	A pesar de no existir legislación sobre la incorporación de las sentencias internacionales, cuestión que sí existía en el caso de Perú sobre la Cantuta, y que en México continúa sin existir, que indicara el carácter vinculante de las sentencias de la Corte interamericana y, que ni siquiera la reciente reforma constitucional hacía referencia al carácter que se daría a la jurisprudencia de carácter internacional, sin

	sentencias de la Corte Interamericana incluían la parte resolutive y su fundamentación o <i>ratio decidendi</i> , en razón de su legislación interna, las sentencias resultaban obligatorias incluso en casos en los cuales el Estado peruano no hubiese sido parte en el proceso.		embargo, la Suprema Corte decidió otorgarle un carácter vinculante.
--	--	--	---

De la comparación anterior, se advierte que el caso Radilla vino a significar la continuidad de los criterios establecidos por la Corte Interamericana respecto de casos similares en cuanto al reforzamiento de la aplicación del control de convencionalidad a nivel interno, con la salvedad, de que en el caso Ticona, a pesar de tratarse de una desaparición forzada no se señaló nada con relación al control de convencionalidad, ya que la Corte Interamericana indicó que si bien el Estado incumplió con los artículos I. d) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en relación con el artículo 2 de la Convención Americana, tal incumplimiento habría sido subsanado por el Estado.

10.0.- Vinculación de la jurisprudencia interamericana en el derecho interno mexicano

Finalmente, resulta necesario realizar un análisis respecto de los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los puntos que pudieran no ser congruentes con lo sostenido por la Corte Interamericana o con el derecho internacional en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011.

Con respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si se realizara una retrospectiva se observarían los puntos que quedaron pendientes y como evolucionó dicha vinculación.

Desde el proyecto de la consulta a trámite del expediente varios 489/2010, presentado por el ministro José Ramón Cossío Díaz, se indicó que el Estado mexicano se encontraba únicamente vinculado a dar cumplimiento a los fallos de la Corte Interamericana, al igual que a las medidas provisionales relacionadas con dichos fallos, derivados de casos contenciosos, no así el resto de las decisiones emitidas por la Corte, lo que abarcaba las sentencias en contra de otros Estados y las derivadas de las opiniones consultivas. Éstos serían reconocidos como criterios hermenéuticos y como un parámetro para un adecuado cumplimiento de las obligaciones, aunque la que derivaba de casos contenciosos era la jurídicamente obligatoria y vinculante. En el proyecto se asentaba que la jurisprudencia de la Corte Interamericana vinculaba a los jueces y tribunales conforme al proyecto en tres sentidos: 1) vinculatoria y obligatoria, la que derivaba de casos contenciosos o medidas provisionales; 2) guía para la interpretación; 3) parámetro de cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Dos cosas resaltan de lo anterior, se asentaba el universo de los elementos que constituían la jurisprudencia y parte de la naturaleza jurídica de esa jurisprudencia.

Que como quedó asentado en el capítulo tercero, la jurisprudencia está conformada por muchos más elementos que los indicados en el proyecto, el cual ni siquiera tocó. Por lo que hace a la naturaleza jurídica de dicha jurisprudencia, mientras que el proyecto efectuaba una división de la misma en obligatoria y vinculante, por una parte, y por otro lado, la que era un parámetro, en cuyo universo ubicaba los casos contenciosos contra otros Estados y las opiniones consultivas. Cuando, lo que en realidad ocurre, es que a nivel regional, la Corte Interamericana señaló, como quedó asentado en el capítulo tres, que tanto casos contenciosos como opiniones consultivas, supervisión de cumplimiento y medidas provisionales son obligatorias, ni qué decir de la jurisprudencia del sistema universal, que ni siquiera se refirió, y conforme a las características analizadas en dicho capítulo, también son un precedente, cosa que la Suprema Corte indicó pero para distinguir entre los casos contenciosos en los cuales México no fuese parte.

Asimismo, respecto a la naturaleza jurídica que fue dividida también, se observa la omisión de que la jurisprudencia fuese una fuente del derecho, como quedó analizado en el capítulo tercero.

De lo ya referido se observa en primer lugar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación evitó indicar qué se entendía por jurisprudencia, englobando simplemente los casos contenciosos de los que fuera parte el Estado mexicano y en los que no fuera parte, como los elementos de la jurisprudencia interamericana.

Continuando con la secuencia de los eventos, el proyecto como quedó indicado fue desechado, y en el expediente varios 912/2010, sostuvo que la sentencia que se dictara por la Corte Interamericana, junto con todas sus consideraciones, constituía cosa juzgada, y que, por ende, lo único procedente era acatar y reconocer la totalidad de la sentencia de sus términos, en razón de lo anterior, para el Poder Judicial de la Federación, el resto de la jurisprudencia interamericana de la cual el Estado mexicano no fuese parte tendría el carácter de criterio orientador de las decisiones de los jueces mexicanos, pero en aquello que resultara más favorable a la persona. En esto, el expediente varios siguió con lo establecido por el proyecto del ministro Cossío Díaz, que arrastraba con las carencias ya señaladas.

También, en el expediente varios 912/2010, se sostuvo que los jueces nacionales debían observar los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuese parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si había alguno que resultare más favorecedor y que procurase una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

Por otro lado, ya en la contradicción de tesis 293/11, se retomó el aspecto sobre la obligatoriedad de las sentencias interamericanas, dicho criterio no constituía jurisprudencia, por lo que continuaba siendo una decisión relevante.

La contradicción de tesis 293/11, señalaba que en el ordenamiento jurídico mexicano se reconocían los derechos humanos provenientes de dos fuentes: la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuese parte, sosteniendo que, al partir de la premisa de que ya existía un catálogo constitucional de derechos humanos, lo relevante de la reforma constitucional consistía en que incorporaba los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo. En este sentido, se sostuvo que a partir de que los tratados internacionales formaban parte del ordenamiento jurídico mexicano, resultaba irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya fuese la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1º constitucional ponía énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional. De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no podía ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional había modificado el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión, se decía en la resolución, se reforzaba si se consideraba que el artículo 1º constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorporaba criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano. Ello obedecía a los principios de interdependencia e indivisibilidad, sin embargo, se sostuvo que cuando existiere una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debía estar a lo que indicara la norma constitucional. Añadiendo, que tradicionalmente se había entendido que el principio de supremacía constitucional comportaba el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que a su vez implicaba, entre otras cosas, que el resto de las normas jurídicas debían ser acordes a la misma, tanto en un sentido formal como material. Sosteniéndose, que si bien este entendimiento no había cambiado, lo que sí había evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento era la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales podía predicarse dicha supremacía dentro

del ordenamiento jurídico mexicano. Los elementos materiales, que se estableció se contenían en el artículo 133 constitucional, ya que imponían a todos los tratados internacionales el requisito material de no contravenir o estar de acuerdo con las normas constitucionales, y en el artículo 15 constitucional cuyo cumplimiento se exige únicamente respecto a los tratados internacionales que contengan normas de derechos humanos. La especialidad de este requisito radica en que sólo autoriza la celebración de tratados internacionales cuyo contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos humanos, que comprende tanto a los de fuente constitucional como internacional, prohibición que coincide plenamente con el principio de progresividad de los derechos humanos, reconocido en el tercer párrafo del artículo 1º constitucional. En la interconexión con el principio *pro persona*, se indicó que en caso de que tanto normas constitucionales como normas internacionales se refieran a un mismo derecho, éstas se articularían de manera que se prefieran aquéllas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular.

Se recalcó que las fuentes normativas que dan lugar a los dos parámetros de control son las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. La Suprema Corte observó que los criterios de la Corte Interamericana eran vinculantes, sin embargo, no podían sustituir a la jurisprudencia nacional ni ser aplicados de forma acrítica. Ya que la aplicación de la jurisprudencia interamericana debía hacerse en términos de colaboración y no de contradicción con la nacional. En esa línea, se sostuvo que los criterios interamericanos no debían entenderse en un sentido fuerte, entendiéndose por tal, un lineamiento que constriñese a los jueces internos a resolver indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, llegando a pasar por alto los precedentes del Poder Judicial Federal. En función de ello, en los casos resueltos por la Corte Interamericana en los cuales el Estado mexicano no hubiese sido parte, para su aplicación, se requiere que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas. Al tiempo que se indicaba que la jurisprudencia era complementaria,

tutelar y preventiva, su uso se debía hacer en términos de colaboración y no contradicción.

Finalmente, en el expediente varios 1396/2011, se reafirmó que la aplicación de la jurisprudencia debía ser en términos de colaboración y no contradicción con aplicación del principio *pro homine*.

Respecto de las fuentes, si bien la voluntad del legislador fue la de consagrar simplemente los tratados internacionales en la Constitución, resulta limitante, práctica y teóricamente, toda vez que otras fuentes del derecho internacional resultan aplicables.

La Suprema Corte señaló, como ya quedó asentado, que cuando en la Constitución hubiere una restricción expresa al ejercicio de derechos se debía estar a lo que indicare la norma constitucional, asimismo, colocó la jurisprudencia interamericana por debajo de la nacional, cuando el Estado mexicano no fuese parte del caso, cuestión que la Corte Interamericana había indicado como no viable, como quedó señalado en el capítulo tercero, en el *Caso Hilaire vs Trinidad y Tobago*, en la sentencia de excepciones preliminares, de fecha 1 de septiembre de 2001, de acuerdo a lo siguiente:

“93. Asimismo, aceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención.”

El criterio de la SCJN contradice lo establecido por la Corte Interamericana. Lo cual podría significar, como ocurrió en el caso de la Última Tentación de Cristo, que esa interpretación del Poder Judicial de la Federación acarree responsabilidad internacional para el Estado mexicano.

En un modo parecido se encuentra la opinión de Eduardo Ferrer Macgregor y de Fernando Silva García en el sentido siguiente:

“Por tanto, aun cuando los tribunales regionales no se ubiquen como órganos superiores de los tribunales nacionales orgánica y estructuralmente, en alguna medida, su actuación tiene esos efectos, porque mediante sus sentencias en ocasiones llegan a desautorizar el contenido de las decisiones judiciales nacionales, a través de una nueva valoración de los hechos jurídicos de los tratados y sentencias regionales hacia el interior de los Estados miembros, derivados de la fuerza jurídica internacional y de la pertinencia de dichas normas al ordenamiento jurídico nacional, hace posible que las decisiones jurídicas nacionales y sus efectos, si no anulados o revocados, sí puedan considerarse injustificados jurídicamente, a partir de su descalificación jurídica por parte de los tribunales regionales, desde un punto de vista sistemático del ordenamiento jurídico. Luego, podría pensarse que, en tales supuestos, la sentencias regionales estimatorias, aun cuando no generen directamente la anulación o revocación de los actos o sentencias nacionales, son susceptibles, en cierta forma, de producir un nuevo estado de las cosas a nivel jurídico en el plano nacional. De ahí que la Corte IDH asuma una posición de Tribunal Constitucional latinoamericano, especialmente a través de la nueva doctrina del “control difuso de convencionalidad”, que implica otorgar efectos expansivos a la jurisprudencia convencional.

(...)

Desde esa óptica, la circunstancia de que las decisiones terminales y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y las altas cortes nacionales pueda examinar por la Corte IDH ha puesto de manifiesto que los tribunales regionales cuentan con una autoridad interpretativa frente a aquéllas, derivada de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito. Bajo esa perspectiva, parece muy congruente la afirmación consistente en que la que estos derechos sean no sólo constitucionales, sino también supraestatales, al representar límites no sólo internos, sino también externos a la potestad de los Estados⁴²⁶.

En síntesis, los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación no son del todo satisfactorios para la aplicación de la jurisprudencia interamericana.

⁴²⁶ Ferrer, Eduardo y Silva Fernando, *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa UNAM, 2011, p. 42-43.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Teniendo en mente la aplicación del control de convencionalidad y el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se puede concluir que el denominado nuevo paradigma en materia de derechos humanos no es tal, ya que, en primer lugar, se trata de una ambivalencia en el derecho, es decir, se trata de dos posturas filosóficas que conviven en el sistema jurídico para ser la principal fuente de interpretación, nos referimos al contractualismo y al utilitarismo. En ese sentido, los derechos humanos son un reflejo de la cristalización de las posturas de ambas doctrinas filosóficas; principios como la dignidad humana o la felicidad, opuestas entre sí, son el contenido real de los derechos humanos, el fondo. Encontrando sus variaciones en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, siendo la utilitarista más restrictiva y la contractualista más amplia en cuanto a protección de la persona.

Por lo que hace a la unificación del derecho, a través del derecho internacional de los derechos humanos, sin importar el sistema jurídico, no se concreta dicho fin, toda vez que la voluntad del Estado continúa siendo el elemento dominante para formar parte de un tratado internacional o de una jurisdicción protectora de derechos humanos a nivel internacional o regional. Por lo tanto, en este aspecto, el derecho internacional de los derechos humanos no unifica los sistemas jurídicos diversos, a pesar de tener esa pretensión. Cuestión que al no cumplirse, tampoco apareja una única respuesta correcta en la resolución de casos en materia de derechos humanos.

En el caso del Reino Unido, observamos la preferencia por el apego a la tradición, lo que condujo al denominado *Brexit*. En México, observamos que se abrió una puerta a un mundo que tiende a amalgamar posturas del derecho anglosajón y del derecho continental. Lo cual resulta caótico y contradictorio en la aplicación de los derechos humanos en nuestro país, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió regresar, mediante sus interpretaciones, al *status quo* anterior a la reforma, bajo el argumento de resguardar la legalidad, ya que su verdadero fin es

continuar controlando la interpretación final. Con lo cual, la Suprema Corte, concluimos, replica lo que sustentó a su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de erigirse como intérprete último de la Convención Americana, lo cual resulta un error, tanto por parte de la Corte Interamericana como de la Suprema Corte de Justicia, ya que más que el deseo de aportar una solución final, parece desvelar la lucha por la supremacía interpretativa en materia de derechos humanos.

Lo cual, nos lleva a concluir que ante la novedad de los derechos humanos, es decir, las exigencias por modificar estructuras jurídicas inamovibles, las fuerzas conservadoras parecen tender a resistir dichos cambios y optar por que las cosas permanezcan tal como estaban previo a las reformas que trajeron los casos resueltos en materia de derechos humanos las respectivas cortes regionales protectoras de derechos humanos, en los casos bajo estudio, es decir, Reino Unido y México, es decir, opera el efecto contrario, teniendo efectos de contrareforma.

De esta manera, podemos afirmar que el denominado nuevo paradigma de los derechos humanos en nuestro país, no es ninguna novedad, ya que desde la época romana ya se daba la ambivalencia en el derecho, en ese entonces, entre derecho civil, estricto, y derecho de gentes, flexible. Ambivalencia que también se observa a nivel internacional en la existencia de un *ius cogens* “mundial” y otro “regional”, que tendrá su influencia en la aplicación e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SEGUNDA.- Podemos concluir que la afirmación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a su encubramiento como intérprete último de la Convención, no resulta del todo afortunado, ya que no guarda congruencia con sus propios dictados, ya que ha sostenido que podían convivir interpretaciones diversas, pero a la vez acepta que sus interpretaciones son superiores y últimas a las de los Estados miembros de la Convención Americana.

De esta suerte, encontramos, por medio del estudio de las teorías contractualista y utilitarista, que existen principios para una sociedad justa que son compartidos pero, con aplicación diferente y principios en común que llevados a su mínima expresión serían la tendencia de integrar el sistema regional al universal, que pueden convivir interpretaciones contradictorias y quien quiere el fin quiere los medios, así como que la solución de un caso depende del asunto en concreto. Dichos principios derivarían de la comparación entre las posturas contractualista y utilitarista así como de los principios señalados en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Afirmamos que no existe un intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que en síntesis no está vedado que otros agentes además de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realicen dicho ejercicio interpretativo.

TERCERA.- En lo tocante a las fuentes del derecho internacional, por lo que hace a los tratados internacionales, tanto la Corte Interamericana como la europea de derechos humanos han establecido un modo especial de interpretación que se alejó de lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya que los tratados en materia de derechos humanos no son instrumentos internacionales del tipo tradicional. Ante lo cual, el juez nacional queda ante el dilema de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la interpretación llevada a cabo por la Corte Interamericana o la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuestión que no exploró la Suprema Corte, es decir, como se interrelacionan los tratados internacionales entre sí para lograr la interpretación de los derechos humanos, de modo tal que sea congruente ya sea con la interpretación regional o la del sistema universal. Lo cual nos lleva a afirmar que el siguiente paso en la jurisprudencia mexicana parece dirigirse a determinar qué debe prevalecer si un tratado de derecho internacional general o un criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana, o un tratado regional o uno universal. Cuestión sobre la cual, resultan útiles los principios pues dan la pauta de que debe prevalecer el sistema universal, que

pueden convivir interpretaciones contradictorias y quien quiere el fin quiere los medios, así como que la solución de un caso depende del asunto en concreto.

Concluimos que existe en el artículo 1º constitucional una garantía de fuentes que incluye no solamente la aplicación de los tratados internacionales, sino de las demás fuentes del derecho internacional, para la aplicación al caso concreto, el juez nacional está facultado para el uso de otras fuentes, ya que quien quiere el fin quiere los medios, establecidos en la Convención de Viena y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que incluye la vinculación en su integralidad.

La vinculación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un exceso.

El principio de relatividad de las sentencias que rige en el ámbito internacional impide que exista una jurisprudencia obligatoria. Dicho principio está presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo, la Corte lo ha hecho a un lado, para favorecer la aplicación de su jurisprudencia.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se dice se integra por las sentencias, las opiniones consultivas, las medidas provisionales, la supervisión de cumplimiento de las sentencias, en el ámbito internacional, las decisiones judiciales incluyen también las decisiones de las cortes nacionales al igual que los laudos arbitrales. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe otorgarles su peso en la justa medida que se hace en el ámbito universal. Ya que en sus sentencias, sólo las ha tomado como un mecanismo para justificar sus decisiones. En ese sentido, ese exceso del que hablamos por parte de la Corte Interamericana de otorgarle un carácter vinculante a su jurisprudencia a Estados que no fueron parte del litigio y, de no observar el principio de la relatividad de las sentencias, llevaría a considerarla como un medio auxiliar, no así como lo hace la propia Corte Interamericana en su práctica, como un parámetro, guía o una fuente de aplicación obligatoria.

Lo cual nos conduce a lo resuelto por la Suprema Corte, que reconoció como obligatoria la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero a su vez la supeditó a

ciertas reglas de aplicación, que son más rígidas que aquellas utilizadas internamente para el caso de controversias constitucionales, con lo cual, la Suprema Corte termina de cierto modo negando su aplicación, a través del control difuso. Ante ello, observamos que todo el procedimiento estaría viciado de origen, ya que tampoco existe una previsión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estatuya que la jurisprudencia es obligatoria para los Estados partes, incluso en decisiones en las cuales formaron parte.

Podemos concluir que la naturaleza jurídica de la jurisprudencia así como el carácter vinculante de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana que encontramos a través de los elementos que conforman dicho universo es altamente controvertido.

Sin embargo, a través del denominado control de convencionalidad, producto de la idea del control de constitucionalidad, del ámbito interno y de la costumbre internacional que establece que cuando un Estado hubiese celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas. Sólo favorece una visión utilitarista de la justicia, que tiende a perpetuar las desigualdades sociales, pues antepone derechos civiles y políticos por sobre los sociales, económicos y culturales, en una región del mundo, como la latinoamericana, donde la riqueza es detentada por un bajo porcentaje de la población, ante las condiciones de pobreza generalizada.

El derecho internacional de los derechos humanos entendido, como lo aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiende a la fragmentación del mismo derecho, ya que como quedó demostrado el propio sistema no está unificado, pues no es posible dotar de carácter vinculante a las opiniones consultivas y a las sentencias, ya que en las primeras existen premisas que se han resuelto que entran en conflicto con lo resuelto en las sentencias. De igual modo, las reglas de valuación de la prueba, de admisibilidad y las disposiciones que se aplican a nivel interno, que incluyen normas internacionales y nacionales dificultan la aspiración de homologar un criterio común en materia de derechos humanos.

Asimismo, por un lado, existe esa tensión del sistema interamericano con los sistemas jurídicos que se niegan a formar parte del mismo, y por otro, los Estados que forman parte de éste no aplican a plenitud los criterios interamericanos que aceptaron en el ámbito interno.

CUARTA.- La reforma constitucional en materia de derechos humanos no reconoce las fuentes del derecho aparte de los tratados internacionales. En nuestra opinión es posible la aplicación de otras fuentes del derecho, ya que con la reducción de principios llevada a cabo en el capítulo dos, en particular, quien quiere el fin quiere los medios y si las decisiones judiciales de la Corte Interamericana son obligatorias en su integridad, también lo será el aplicar los criterios establecidos en los mismos, a fin de llegar a los mismos resultados.

En ese sentido, el juez mexicano no está limitado a la aplicación única de los tratados internacionales, ni a la jurisprudencia, como demostramos, puede aplicar las demás fuentes del derecho internacional. Esto es así, en razón de la existencia de una garantía de fuentes, contenido en el artículo 1º constitucional, ya que la aplicación más favorable exige la búsqueda de la fuente más conveniente para garantizar una efectiva protección de derechos humanos.

En el ámbito interno, de los asuntos resueltos por la Suprema Corte, no quedó claro a nivel interno, como se configuraría el universo de elementos de la jurisprudencia interamericana. Entre los déficits también se dejó de indicar que la jurisprudencia constituyera una fuente del derecho.

En ese mismo sentido, desde el proyecto 489/10, propuesto por el Ministro Cossío Díaz, se recogía que no existía la subordinación a los dictados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerándola un parámetro, ya que la refería como subsidiaria.

Sin embargo, en el segundo proyecto 912/2010, ya se indicaba que la jurisprudencia para México resultaba obligatoria, en los casos en los cuales México hubiese sido condenado, mientras que en aquellos casos en los cuales no hubiese sido parte México, las decisiones no serían obligatorias. En este proyecto,

se dice que el criterio de la Corte Interamericana debía replicarse, contrario al 489. Se añadió que al tratarse de sentencias resueltas en contra del Estado mexicano debían acatarse y reconocerse en su totalidad. No se fijaron ningún tipo de trabas, entiéndanse analogías, para aplicar los criterios de la Corte Interamericana, en aquellos casos en los cuales el Estado mexicano no fuera parte, pero su aplicación sería favoreciendo el principio *pro persona*.

Por otro lado, en la contradicción de tesis 293/11, se indicó que los criterios de la Corte Interamericana serían vinculantes pero en clave de colaboración, y mediante analogías, en el caso, de que en la sentencia el Estado mexicano no fuese parte.

Hasta este punto, en los proyectos analizados sólo se ha venido hablando de las sentencias, pero nada se ha dicho de las opiniones consultivas, de las medidas cautelares o de la supervisión de cumplimiento, tanto en los asuntos en los que México sea parte o no. Por lo que dicho silencio supone la no inclusión de los demás elementos que la Corte Interamericana identifica como parte de su jurisprudencia y por tanto sin carácter vinculante a nivel nacional, hasta en tanto se presente un debate al respecto.

De acuerdo a la contradicción de tesis 293/11, se partió del supuesto de que existen sólo dos fuentes de derechos humanos, cuando ya indicamos que existen más. Se indicó en dicha contradicción que la fuente era irrelevante, ya que la indivisibilidad y la interdependencia desplazaban la jerarquía. Lo cual es un error, ya que desde los capítulos primero y segundo se advertía que al convivir posturas filosóficas diversas, utilitarismo y contractualismo, en la visión que integran los derechos humanos, que alcanza a la Convención Americana, se advirtió que existe una tensión entre los derechos de tipo civil y político y los sociales, económicos y culturales, lo cual apareja una ordenación injusta, en vista de que ciertos derechos denominados *ius cogens* poseen mayor preeminencia que otros, los cuales se recogen tanto en la Convención Americana como en la Constitución mexicana.

En lo tocante al principio *pro persona* se observa queda desvirtuado, ya que la Suprema Corte continúa asumiendo un papel preponderante en la interpretación final, es decir, concentra la misma, por lo cual, dicho principio sigue siendo lento y tardado porque los juzgadores de instancias inferiores son meros aplicadores o inaplicadores de las normas, la Suprema Corte no les permite asumirse como verdaderos intérpretes.

No se cumple con el contenido de la sentencia del caso Radilla Pacheco, ya que desde la interpretación de la Suprema Corte, la Convención y la jurisprudencia interamericana están subordinados a la Constitución.

Se debe ampliar en el amparo, una figura que permite denunciar las contradicciones entre la jurisprudencia interamericana y la nacional, tal vez del modo en como se hace en las controversias constitucionales, o en esta misma figura.

BIBLIOGRAFÍA

Abass, Ademola, *International Law*, Italy, Oxford University Press, 2012.

Aljaghoub, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Alemania, Springer, 2006.

Arellano, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 6ta edición, México, Editorial Porrúa, 2006.

Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 7ª., reimpr., trad. Julio Pallí Bonet, Madrid, Editorial Gredos, 2008.

Aristóteles, *Política*, 1ª, reimpr., trad. Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2011.

Aron, Raymond, *Introducción a la Filosofía de la Historia*, trad. Ángela H. De Gaos, Argentina, Editorial Losada, 2006.

Arp, Björn, *Las Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2014.

Arrocha, Pablo, Uribe Patricia y Morales, María, *Derecho Internacional Público: una visión casuística*, México, Limusa, 2011.

Bagehot, Walter, *La Constitución Inglesa*, trad. Alfonso Posada, México, UNAM, 2005.

Becerra, Manuel, *El Control de la Aplicación del Derecho Internacional*. En el Marco del Estado de Derecho, 1ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

Bederman, David, *Custom as a Source of Law*, United States of America, Cambridge University Press, 2010.

Bedi, Shiv R S, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Great Britain, Hart Publishing, 2007.

Bremer, Juan José, *Tiempos de guerra y paz*, México, Editorial Taurus, 2010.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., United States, Oxford University Press, 2008.

Burbano, Clara, *Medidas provisionales en Situaciones de Vida o Muerte. El Caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2012.

Cadet, Jean, *Protección Regional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006.

Carbonell, Miguel, *Sobre el Concepto de Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXIX, número 87, septiembre-diciembre 1996.

Carbonell, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 2013.

Carmona, Jorge Ulises, *La Recepción de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, IIJ, SRE, 2009.

Carmona, Jorge, *Las Reformas y las Normas de Derechos Humanos Previstas en los Tratados Internacionales*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord. (s)), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo Paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011.

Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, IIJ, SRE, 2009.

Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed., United States of America, Oxford University Press, 2005.

Castilla, Karlos, *¿Control Interno o difuso de Convencionalidad? Una mejor Idea: la Garantía de Tratados*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen XIII-2013.

Castilla, Karlos, *Competencia: puerta de entrada a la esperanza de justicia*, en Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú Silvano (coords.), *El Caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e Implicaciones en el Nuevo Modelo Constitucional en Derechos Humanos*, México, Ubijus Editorial, 2013.

Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2006.

Corzo, Edgar, *Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2014.

Cossío, José Ramón, Raúl M. et al., *El Caso Radilla. Estudio y Documentos*. México. Editorial Porrúa, 2012.

Cruz, Barney, Oscar, Historia del derecho mexicano, octava reimpression, México, Oxford University Press, 2010.

Danilenko, Gennadii Mikhailovich, Law-Making in the International Community, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, 11ra. Reimpression, trad. Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

De Shutter, Olivier, International Human Rights Law, United Kingdom, Cambridge University Press, 2010.

De Silva Nava, Carlos, La Jurisprudencia. Creación Jurisdiccional de Derecho. 1ª reimp., México, Themis, 2012.

Distefano, Giovanni y Buzzini, Gionata, Bréviare de jurisprudence internationale, 2me édition, Belgique, Bruylant, 2010.

Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten, Vienna Convention on the Law of the Treaties, a Commentary, Germany, Springer, 2012.

Duxbury, Neil, The Nature and Authority of Precedent, United States of America, Cambridge University Press, 2008.

Eisenberg, Melvin, The Principles of Legal Reasoning in the Common Law, en Edlin, Douglas, Common Law Theory (edit.), United States of America, Cambridge University Press, 2008.

Engels, Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el estado, Moscú, Editorial Progreso, sin año.

Escalante Gonzalbo, Fernando, Historia Mínima del Neoliberalismo, México, El Colegio de México, 2015.

Eurípides, Las diecinueve tragedias, trad. Miguel Angel Garibay, México, Editorial Porrúa, 2009.

Ferrer, Eduardo, Panorama del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1ra reimpr., México, UNAM, IJ, Marcial Pons, 2016.

Ferrer, Eduardo, Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinadores), México, Porrúa, 2012.

Ferrer, Eduardo y Silva, Fernando, El caso Radilla y su Impacto en el Orden Jurídico Nacional, en Carpizo, Jorge y Astudillo, César (Coordinadores), Constitucionalismo, Dos Siglos de su Nacimiento en América Latina, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

Ferrer, Eduardo y Silva Fernando, Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Porrúa UNAM, 2011.

Fix-Zamudio, Héctor, Relaciones entre tribunales constitucionales latinoamericanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Corzo Sosa, Edgar (coord.), I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, México, UNAM-IIJ, 2009.

Foucault, Michel, Vigilar y castigar, 1ª reimpresión, trad. Aurelio Garzón del Camino, México, Editorial Siglo XXI, 2010.

Freud, Sigmund, Tótem y Tabú, 20ª reimpresión, trad. Luis López-Ballesteros y de Torres, España, Alianza Editorial, 1997.

García Ramírez, Sergio, La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos hacia un *Ius Commune*, en Von Bogdandy, Armin, et.al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

García, Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Porrúa, 2007.

García, Tonatiuh, La Reforma Constitucional Mexicana de 2011 en Materia de Derechos Humanos. Una Lectura desde el Derecho Internacional, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015.

Gautier, Philippe, Article 2, en Corten, Olivier y Klein Pierre (edt.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, a Commentary*, United States of America, Oxford University Press, 2011, Vol. 1.

Gerhardt, Michael, *The Power of Precedent*, United States of America, Oxford University Press, 2008.

Glendon, Mary Ann, Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la declaración universal de los derechos humanos, trad. Pedro de Jesús Pallares Yabur, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Goldsmith, Jack and Posner, Eric, *The Limits of International Law*, United States of America, Oxford University Press, 2005.

Gómez-Robledo, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, México, UNAM-Porrúa, 2000.

Góngora, Genaro y Saucedo, María Guadalupe, *Ley de Amparo. Doctrina Jurisprudencial. Compilación de tesis*, 7ª ed., México, Porrúa, 2004, t. II.

González, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

Gordon, Richard y Ward, Tim, *Judicial Review and The Human Rights Act*, Great Britain, Cavendish Publishing Limited, 2000.

Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Transnacional*, México, Tirant Lo Blanch, 2014.

Hambro, Edward and Rovine, Arthur, *The Case Law of the International Court*, Netherlands, A. W. Sijthoff, 1976.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, España, Editorial Tecnos, 2005.

Hegel, Georg W.F., *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*, 1ª.ed, trad. Eduardo Vázquez, España, Editorial Biblioteca Nueva, 2000.

Hobsbawn, Eric, *Historia del Siglo XX*, 11ª impresión, trad. Juan Faci, Jordi Ainaud y Carme Castells, Barcelona, Editorial Crítica, 2007.

Hume, David, *Investigación sobre los Principios de la Moral*, 1ª. ed., trad. Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Huntington, Samuel, *El choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, primera reimpression, trad. José Pedro Tosaus Abadía, España, Paidós, 2006.

Judt, Tony, *Postguerra*, trad. Jesús Cuéllar y Victoria E. Gordo del Rey, España, Editorial Taurus, 2011.

Kant, Emmanuel, *Filosofía de la Historia*, 12ª reimpression, trad. Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Kant, Immanuel, *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, 2ª. ed., trad. Roberto Rodríguez Aramayo, España, Alianza Editorial, 2012.

Kant, Immanuel, *Contestación a la pregunta ¿ Qué es Ilustración ?*, 1ª. ed., trad. Baltasar Espinoza, Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, México, Taurus, 2012.

Kant, Immanuel, *Ensayos sobre la Paz, el Progreso y el Ideal Cosmopolita*, 3ª. ed., trad. Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Cátedra, 2010.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

Kuhn, Thomas, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, 1ra reimpr., trad. Carlos Solís, México, FCE, 2007.

Lamm, Vanda, *Compulsory Jurisdiction in International Law*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, 3rd edition, United States of America, University of Pennsylvania Press, 2011.

Lauterpach, Hersch, *The Development of International law by the International Court*, United States of America, Cambridge University Press, 2010.

Lauterpacht, Hersch, *International Law, Collected Papers*, en Elihu Lauterpacht (ed.), reimpr., Great Britain, Cambridge University Press, 1978, Vol. 1.

Lepard, Brian, *Customary International Law. A new Theory with Practical Applications*, United States of America, Cambridge University Press, 2010.

Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª. ed., trad. Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006.

López-Bassols, Hermilo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo, e Instrumentos Básicos*, México, Porrúa, 2001.

Lukes, Steven, *Cinco Fábulas sobre los Derechos Humanos*, en Shute, Stephen y Hurley, Susan (coords.), *De los Derechos Humanos*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Lutz, Heinrich, *Reforma y Contra Reforma, Europa entre 1520 y 1648*, trad. Antonio Sáez Arance, España, 2009.

Márquez, Daniel, *Reforma constitucional en materia de derechos humanos. Las tensiones entre "facticidad y validez" y "autoridad y libertad"*, Reforma Judicial.

Revista Mexicana de Justicia, México, núm. 19, enero – junio, de 2012, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/19/cle/cle7.pdf>

Márquez, Sergio, Evolución Constitucional Mexicana, México, Porrúa, 2002.

Martin, Jacqueline, Turner Chris, Constitutional and Administrative Law, Hodder Arnold, United Kingdom, 2006.

Martínez Bullé-Goyri, Víctor, Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril de 2011.

Martínez Rodríguez, Francisco Miguel, Educación, neoliberalismo y justicia social. Una revisión crítica del desarrollo humano desde la carta de la tierra y la economía social, pr. Juan Tores López, Madrid, Píramide, 2013

Mateo 4:2.

Merryman, John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, 13ra reimpresión, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Mommsem, Theodor, Historia de Roma, libro V. Fundación de la monarquía militar, segunda edición, trad. A. García Moreno, España, Turner publicaciones, 2003.

Mondragón, Salvador, Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Porrúa, 2007.

Murphy, John F., The Evolving Dimension of International Law, Hard Choices for the World community, United States of America, Cambridge University Press, 2010.

Murphy, Sean D., Principles of International Law, United States of America, Thomson/West, 2006.

Oellers-Frahm, Karina, Lawmaking Through Advisory Opinions?, en Von Bogdandy Armin y Venzke Ingo (eds.), International Judicial Lawmaking, Alemania, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011.

Orakhelashvili, Alexander, Peremptory norms in international law, Great Britain, Oxford University Press, 2008.

Owen, James, Nüremberg, el mayor juicio de la historia, trad. Encarna Belmonte y Ferrán Esteve, Barcelona, Editorial Memoria Crítica, 2006.

Pasqualucci, Jo. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, United States of America, Cambridge University Press, 2003.

Patiño Manffer, Ruperto, *Comentario al Artículo 133*, en H. Cámara de Diputados LV Legislatura, artículos 123-136, *Derecho del Pueblo Mexicano*. México a través de sus Constituciones, 4ª ed., México, Porrúa, 1994, t. XIII.

Pellet, Allain, *Cours General: le Droit International entre souveraineté et communauté internationale*, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Brasil, Vol. 2, enero-junio, 2008.

Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, México, Oxford University Press, 2011.

Pitea, Cesare, *Interpreting the ECHR in the Light of "Other" International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation?*, en Boschiro, Nerina, Scovazzi, Tullio et.al. (editors), *International Courts and the Development of International Law*, The Netherlands, Springer, 2013.

Platón, *Diálogos*, 1ª., ed., trad. Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1993.

Platón, *Las Leyes*, 6ª., ed., trad. Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1998.

Popper, Karl, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, 1ª., ed., trad. Eduardo Loedel, España, Paidós Surcos, 2006.

Postema, Gerald, *Custom in International Law: a normative practice account*, en Perreau-Sausine, Amanda and Murphy James Bernard (editors), *The Nature of Customary International Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. United States of America, Cambridge University Press, 2007.

Raimondo, Fabian O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Ramcharan, Bertrand, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

Rawls, John, *El Derecho de Gentes*, en Shute, Stephen y Hurley, Susan (coords.), *De los Derechos Humanos*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 6ª., reimpr., trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Rawls, John, *Lecciones Sobre la Historia de la Filosofía Moral*, 1ª. ed., trad. Andrés de Francisco, Paidós Surcos, 2007.

Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, 10ª. ed., trad. Daniel Moreno, México, Porrúa, 1996.

Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre la economía política*, Madrid, Tecnos, 2001.

Salazar, Pedro, *La Disputa por los Derechos y el Ius Constitutionale Commune*, en Von Bogdandy, Armin, et.al. (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

Salvioli, Fabián, *Convergencias y Divergencias de las jurisdicciones Contenciosas en los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en Salvioli, Fabián y Zanghi, Claudio (Coordinadores), *Jurisprudencia Regional Comparada de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent*, United States of America, Hart Publishing, 2008.

Sen, Amartya, *La Idea de la Justicia*, 4ª., reimpr., trad. Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2013.

Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 2006.

Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, United States, Cambridge University Press, 2007.

Shaw, Malcolm, *International Law, Sixth Edition*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2012.

Singh, Simon, *El enigma de Fermat*, trad. David Galadí y Jordi Gutiérrez, España, Editorial Planeta, 2003.

Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, 6ª., ed., Brasil, Metalibri, 2005.

Smith, Rhona, *Texts and Material on International Human Rights*, 2nd ed., United States, Routledge, 2010.

Sohm, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006.

Sorensen, Max, Manual de Derecho Internacional Público, 10ma reimpr., trad. a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Stuart Mill, John, Utilitarianism, London, 1863.

Thirlway, Hugh, The International Court of Justice, en Evans, Malcolm D. (ed.), International Law, Great Britain, Oxford University Press, 2003.

Thirlway, Hugh, The Sources of International Law, Great Britain, Oxford University Press, 2014.

Trujillo, Aníbal, La Corte Penal Internacional. La Cuestión Humana Versus Razón Soberana, México, Ubijus Editorial, 2014.

Valencia Bucio, Miguel Ángel, Sobre el Programa de Langlands para Campos Numéricos, tesis para obtener el grado de maestro en ciencias en la especialidad de matemáticas, dir. Dr. José Martínez Bernal, México, Centro de Investigación y Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, 2014.

Vallarta, José Luis, Derecho Internacional Público, México, Editorial Porrúa, 2006.

Van Hoof, Godefridus J.H, Rethinking the Sources of International Law, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.

Vázquez, Loretta, Las Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Auténtica Garantía Jurisdiccional de carácter Preventivo, México, Porrúa, 2010.

Virally, Michel, El devenir del derecho internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Weeramantry, C. G., Universalising International Law, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Zolo, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, trad. Elena Bosi, España, Editorial Trotta, 2006.

Zolo, Danilo, Cosmópolis. Perspectiva y Riesgos de un Gobierno Mundial, trad. Rafael Grasa y Francesc Serra, España, Paidós, 2000.

Citas Internet

Koskenniemi, Martti, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

Proceso Verbal del Comité Consultivo de Juristas, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf

Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>

Publications de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, núm. 17, el 31 Julio de 1930, Recueil des Avis Consultatifs, Question des «Communautés gréco-bulgares», Leyde Société D'Éditions, 1930. Hay versión electrónica en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf

Reporte Explicativo del Protocolo número 14 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que enmienda el Sistema de Control de la Convención <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>

Corte Europea de Derechos Humanos, Reglas de la Corte http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos humanos y de los Pueblos <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/#27>

Comité de los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, https://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/>

Comité de Derechos Humanos, Reglamento del Comité de Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

Márquez, Daniel, Reforma constitucional en materia de derechos humanos. Las tensiones entre "facticidad y validez" y "autoridad y libertad", Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, México, núm. 19, enero – junio, de 2012, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/19/cle/cle7.pdf>

Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, Informe Histórico a la Sociedad Mexicana 2006 <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB209/informe/intro.pdf>

Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 31 de agosto de 2010, Intervención del Ministro Cossío Díaz, pp. 5-6, (visible en: http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/ago14.pdf

Véase: El programa langlands y las conexiones ocultas, en: <http://ramanujan25449.blogspot.mx/2016/01/el-programa-langlands-y-las-conexiones.html>, consultado el 18 de julio de 2016

Casos resueltos por la Suprema Corte de justicia de la Nación

Expedientes varios 489/2010

Expediente varios 912/2010

Contradicción de tesis 293/11

Expediente varios 1396/2011

Contradicción de tesis 299/2013

Acción de Inconstitucionalidad 75/2015

Contradicción de Tesis 37/2015

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones Consultivas

Opinión Consultiva conocida como Resolución del Presidente de 15 de julio de 1981, casos de la muerte en prisión de Viviana Gallardo y de las lesiones inferidas a Alejandra María Bonilla Leiva y Magaly Salazar Nassar

Opinión Consultiva OC-2/82 de septiembre de 1982. "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)"

Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada a la Naturalización.

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, denominada la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 la expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, en relación con ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997 “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos denominada “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”

Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002

Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados

Opinión Consultiva OC-20/09 de septiembre de 2009. Solicitada por la República Argentina. Artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, respecto de los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional

Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá, referente a la Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador)

Casos contenciosos

Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, de 29 de julio de 1988

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas)

Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo).

Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Sentencia de 26 de enero de 1999 (Excepciones Preliminares)

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 24 septiembre de 1999 (Competencia)

Caso Hilaire vs Trinidad y Tobago. Sentencia de excepciones preliminares, de fecha 1 de septiembre de 2001

Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile). Sentencia de 5 de febrero de 2001

Caso las Palmeras vs Colombia sentencia de fondo en el año, el 6 de diciembre 2001

Caso de la Panel Blanca vs Guatemala. Sentencia sobre reparaciones y costas 2001

Caso Trujillo Oroza vs Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago, en la sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de fecha 21 de junio de 2002

Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Bulacio vs Argentina, de acuerdo a la sentencia fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (*Fondo, Reparaciones y Costas*)

Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso 19 Comerciantes vs Colombia, en su sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, de 5 de julio de 2004

Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia, en la sentencia de 15 de septiembre de 2005

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006

Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006

Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006

Interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del Caso Acevedo Jaramillo vs Perú, de 24 de noviembre de 2006

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Ticona Estrada y Otros vs. Bolivia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Usón Ramírez vs Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (*Fondo, Reparaciones y Costas*)

Caso Vélez Loo vs. Panamá. Sentencia de 23 de Noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Gomes Lund y Otros ("*Guerrilha do Araguaia*") vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)

Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

Caso Furlan y Familiares vs Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Gudiel Álvarez y Otros ("*Diario Militar*") vs. Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Artavia Murillo y Otros ("*Fecundación invitro*") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)

Caso Mendoza y Otros vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)

Caso García Cruz y Sánchez Silveste vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 26 de noviembre de 2013 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso J. vs. Perú Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) VS. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú. Sentencia de 15 de octubre de 2014 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso López Lone y Otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*)

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso García Ibarra y Otros vs Ecuador. Sentencia de 17 de Noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Medidas Provisionales

Resolución de la Corte Interamericana de 23 de noviembre de 2004 solicitud de medidas provisionales respecto del Estado de Perú caso Acevedo Jaramillo y otros

Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de abril de 2009, solicitud de medidas provisionales, Caso González y otras "Campo Algodonero" vs México

Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de marzo de 2010, solicitud de medidas provisionales presentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de República Dominicana, asunto Juan Almonte Herrera y otros

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de noviembre de 2010, medidas provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, asunto Alvarado Reyes y otros

Resolución de 2 de marzo de 2011, medidas provisionales respecto de Venezuela, Asunto María Lourdes Afiuni

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de junio de 2011, medidas provisionales respecto de México, asunto Pérez Torres y otros (Campo Algodonero)

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2013, medidas provisionales respecto de la República de Colombia, asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó

Supervisión de Cumplimiento

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2005 Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia

Caso Acosta Calderón vs Ecuador, resolución de fecha 7 de febrero de 2008

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú, de 3 de mayo de 2008

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de noviembre de 2009, caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia

Caso Las Palmeras vs Colombia de 3 de febrero de 2010

Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Supervisión de Cumplimiento, 18 de noviembre de 2010

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Supervisión de cumplimiento de sentencia

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 20 de marzo de 2013, en el Caso Gelman vs Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2013 Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 21 de agosto de 2014, supervisión de cumplimiento de sentencia casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 21 de agosto de 2014, Supervisión de Cumplimiento de sentencia en 11 casos contra Guatemala

Caso Suárez Peralta vs Ecuador, resolución de fecha 28 de agosto de 2015

Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador, resolución de 23 de junio de 2016, entre otras

Corte Europea de Derechos Humanos

Al-Skeini vs Reino Unido

Al-Jedda vs Reino Unido

Corte Internacional de Justicia

Camerún Septentrional

Barcelona Traction

Timor Oriental

Consecuencias Legales para los Estados respecto a la presencia continua de Sudáfrica en Namibia

Rehén en Teherán

Plataforma Continental del Mar del Norte

Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Caso Relativo al Sahara Occidental

Aplicabilidad de la Sección 22 del Artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas

Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado

Caso Relativo al Estatuto de Carelia Oriental

Juicio número 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo sobre una queja presentada en contra del Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura

Ciertos Gastos de las Naciones Unidas

Petición de Revisión del Fallo No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas

Plataforma Continental del Mar Egeo

Plataforma Continental (República Árabe Libia/Malta)

Plataforma Continental (Túnez /República Árabe Libia)

Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia contra Serbia)

Legalidad del Uso de la Fuerza presentado por la República Federal Yugoslava

Caso relativo a la Frontera Terrestre y Marina entre Camerún y Nigeria

Caso Controversia Fronteriza (Burkina Faso/Níger)

Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares

Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo

Asunto Concerniente a la Orden de Arresto

Caso concerniente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo, (República Democrática del Congo vs Ruanda), jurisdicción de la Corte y Admisibilidad de la solicitud

Medidas Provisionales

Caso Lagrand (Alemania vs Estados Unidos de América)

Ensayos Nucleares (Australia vs Francia)

Ciertas Actividades llevadas por Nicaragua en el Área Fronteriza (Costa Rica vs Nicaragua)

Tribunal Penal Internacional para la Ex –Yugoslavia

Caso Furundzija

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Opinión consultiva

Solicitud de Opinión Consultiva del Comité Africano de expertos en derecho y bienestar del niño sobre el derecho el ius standi de dicho Comité ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos