Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Guillermo E. Estrada Adán

Implicaciones de la justicia internacional: claves para una lectura jurisdiccional internacional en el siglo XXI

A manera de introducción: la justicia internacional en los últimos 100 años

Del cúmulo de sucesos que en los últimos años han provocado una transformación en la manera de explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, hay uno que sobresale por mucho: la expansión de tribunales y cortes internacionales, y sus sentencias y opiniones como consecuencia de su intensa actividad. Esto es, presenciamos una ampliación de los foros que ofrecen justicia internacional y que parecen competir, aunque en realidad complementen o actúen en deficiencia, con las instituciones nacionales. En el mejor de los casos, las sentencias suelen ser cumplidas por los gobiernos responsables internacionalmente, pero no es difícil encontrar cumplimientos incompletos, intentos fallidos de cumplimiento, o sencillamente negación de cumplimiento. En cualquier caso, cada vez con mayor frecuencia encontramos posicionamientos oficiales de los Estados frente a sentencias condenatorias que de alguna manera buscan esquivar la responsabilidad de cumplimiento.

Las sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones dadas en el marco del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio, o la intensa actividad que en los últimos 15 años la Corte Internacional de Justicia ha desarrollado para Estados latinoamericanos, demuestran que, sobre todo en nuestra región latinoamericana[1] hemos encontrado en la vía judicial, no sin

[1]No se desconoce que el Pacto de Bogotá, en 1948, ya había sentado las bases de una apuesta regional a la solución pacífica de las controversias, pero ha sido por mucho en los últimos años donde, al menos en el foro judicial de Naciones Unidas, los Estados latinoamericanos han acudido frecuentemente a dirimir sus controversias.

Sumario

A manera de introducción: la justicia internacional en los últimos 100 años 1099
El problema teórico del derecho internacional en el siglo XXI y las jurisdicciones internacionales en el modelo pos westfaliano 1101
El uso del derecho internacional en sede nacional. Referencia a Eirlich, la Contradicción de Tesis 293/2011 y a la sentencia S.A.S. 1103
Res iudicata y *res interpretata*: nuevo valor a las sentencias internacionales 1107

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

sobresaltos, una apuesta para la consolidación de la región a partir del fortalecimiento de la paz, de la democracia y de la protección de los derechos fundamentales; pero también una última posibilidad de acariciar la noción de justicia.

La primera referencia judicial al significado de la controversia, en el derecho internacional público, apareció en las primeras sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional;[2] mientras que la idea de justicia internacional, con un contenido moral, se fortaleció con la creación de los tribunales penales *ad hoc*, en la segunda posguerra, y todavía más con la aparición de los tribunales regionales de derechos humanos.[3] Han sido sobre todo estos últimos los que han abierto un panorama esperanzador en las sociedades que hace no mucho tiempo presenciaron gobiernos dictatoriales o autoritarios. Hoy no hay duda de que el acceso internacional a la justicia, sobre todo frente a la comisión de crímenes penales internacionales y/o de violaciones graves a derechos humanos, pretende demostrar que el derecho internacional está cada vez más asentado en la función judicial. El resultado es que en el siglo XXI, casi cien años después de la aparición de la Corte Permanente, la comunidad internacional cuenta con más tribunales, cortes y foros cuasi judiciales internacionales que nunca antes en la historia de la humanidad.

Si pensamos este crecimiento de órganos jurisdiccionales internacionales a la par de la vida constitucional mexicana iniciada en la era posrevolucionaria, advertiríamos que mientras en el derecho internacional hemos tenido un crecimiento de normas procesales y de foros judiciales, nuestro texto constitucional sigue asentado en la (agotada) fórmula del artículo 133 (la Ley Suprema de toda la Unión) y en la (renovada pero limitada) fórmula del artículo 1º, reformado en 2011, que apuntan solamente a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. No hay pues correspondencia entre el desarrollo del derecho internacional en cien años —si tomamos como punto de partida la Paz de Versalles— con las referencias gramaticales constitucionales, ni con la apertura que los actores nacionales debieran darle a la justicia internacional en el siglo XXI.

En 1917 era incipiente la existencia de las organizaciones internacionales, que se fortalecería con la llegada de la Liga de la Naciones, en 1919. Era también incipiente el escenario mismo de las soluciones jurisdiccionales de las controversias internacionales, pues el arbitraje, más antiguo que el arreglo judicial, se había inaugurado con el Tratado Jay en 1794,[4] pero no sería hasta 1922, con la inauguración de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que comenzaría la era de la solución judicial internacional. Cien años después, el derecho internacional judicial (por denominarle así a las soluciones de controversias en foros judiciales o cuasi judiciales no nacionales) ha cobrado tal importancia que constituye una de las soluciones más recurri-

[2]"A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons", Permanent Court International of Justice, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, 30 de agosto de 1924, Serie A, núm. 2, p. 11.

[3]*Cfr*. Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal, *El derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2012, pp. 25-26.

[4]*Cfr*. Chester Brown, "The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding you Way trough the Maze", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002, Review Essay.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

das de las contempladas en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y que permiten la participación de un tercero ajeno a la controversia.

Lo que se dirá enseguida tiene como marco esta multiplicación de órganos idóneos para solucionar pacíficamente las controversias internacionales. Principalmente, se advertirá en la manera que los tribunales de derechos humanos han utilizado para retocar los fundamentos de la función judicial en sede internacional, y cómo puede desplegar un diálogo entre jueces internacionales y actores nacionales. No obstante ello, se comenzará con una advertencia: subsiste un problema teórico para pensar un nuevo derecho internacional judicial, a partir de las concepciones que permitieron el nacimiento de la comunidad internacional en el siglo XVII. Y al final, se apelará a una suerte de prudencia judicial, que a partir del diálogo plantee un mejor escenario de protección de derechos; pues en estricto sentido los sistemas de justicias nacionales y el internacional apuntan a una misma meta: la impartición de la justicia.

El problema teórico del derecho internacional en el siglo XXI y las jurisdicciones internacionales en el modelo pos westfaliano

Buena parte de las reflexiones jurídicas actuales en América Latina, pensemos por ejemplo en lo que se pretende describir como neoconstitucionalismo,[5] incide necesariamente en la aproximación que se tenga del derecho internacional en general, y de la justicia internacional (de derechos humanos si se quiere mayor precisión) en particular.[6] Vigente también en México, este planteamiento parte de ubicar limitaciones teóricas, conceptuales, metodológicas, que necesariamente implicarían una redimensión de la noción de Estado, según el derecho internacional. Quizá en algo haya cambiado ya el modelo que se había diseñado en Westfalia.

Bajo ese modelo *westfaliano*, que planteó durante siglos la igualdad soberana de los Estados —si bien solamente los europeos diseñaron este derecho internacional mediante la conformación de un club cerrado—,[7] era poco probable que temas reservados a la jurisdicción nacional fueran atendidos en sede internacional. Por ejemplo, el derecho penal o la protección de derechos humanos gozaron siempre de la exclusividad del juez nacional para resolver los conflictos que surgieran en las relaciones sociales dentro del territorio y jurisdicción del Estado.[8] Sin pretender reducir el deba-

[5]Una aproximación a lo que se entiende por neoconstitucionalismo, puede leerse en Paolo Comanducci, "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 75 y ss.

[6]*Cfr*. Laurence Burgorgue-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, 2013, p. XXIII.

[7]La noción de un club cerrado como creador del derecho internacional europeo, referido también como derecho público europeo, puede ser revisada en Mohammed Bedjaoui, *Droit international. Bilan et perspetives*, París, Pedone, 1991, p. 5; y en Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ciudad Argentina-Universidad Complutense, 2005, pp. 397 y ss.

[8]Francesco Francioni, "International law as a common language for national courts", en *Texas International Law Journal*, vol. 36, núm. 3, 2001, p. 588.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

te que la comunidad internacional ha debido pasar desde 1648 hasta nuestros días, lo que sí es cierto es que hemos transitado de un derecho internacional oligárquico a un derecho cosmopolita[9] donde, queramos o no, en el centro de la discusión aparece cada vez con mayor fuerza la presencia de las personas físicas, en tanto ciudadanos.[10]

La aproximación neoconstitucionalista de los estudios jurídicos, según César Rodríguez Garabito, presenta un problema metodológico,[11] pues todavía no se ofrece un modelo teórico después de Westfalia lo suficientemente sólido, que permita primero entender, luego describir, los fenómenos sociales de nuestros tiempos, particularmente los que se presentan en los territorios latinoamericanos. El autor colombiano identifica cuatro premisas teóricas que debieran ser superadas por el neoconstitucionalismo para encaminarse al nuevo modelo poswestfaliano: el Estado-nación como unidad de territorio, autoridad política y ordenamiento jurídico; la economía nacional como objeto de regulación y espacio de redistribución; la sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía; y la equivalencia entre Estado y nación.[12]

No se pretende abordar las cuatro premisas en este trabajo, acaso sólo asentarnos en la primera para desarrollar aquello que se quiere decir: que la jurisdicción internacional (particularmente la penal y la de derechos humanos, pero también la comercial, la de inversiones o la de la integración europea) ha trastocado los cimientos de la noción de Estado, tal como la habíamos entendido durante siglos.

Como autoridad política y de ordenamiento jurídico, el Estado-nación supone la exclusividad de regulación normativa en su territorio. Sin embargo, demostrarlo en la realidad, o incluso advertirlo, es cada vez más problemático. Esa función regulatoria está compartida por instituciones internacionales en distintas ramas de la vida social.[13] Además, Rodríguez Garabito indica que las entidades privadas y las organizaciones no gubernamentales, aunque en menor medida, también pueden incidir de manera importante en las decisiones que antes eran sólo espacio discrecional, tantas veces arbitrario, de los gobiernos estatales.

Es cierto que la provocación de pensar diferente la noción de Estado, o de pensar en una visión de autoridad internacional, o de derecho público que encierre legislaciones nacionales e internacionales como un solo bloque, ha sido soportada por instituciones internacionales no judiciales; pero sería un error si no pensamos que de al-

[9] *Cfr*. Jurgen Habermas, *Un ensayo sobre la constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 78-91.

[10] *Cfr*. Cristina García Pascual, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2015, pp. 172-176.

[11] "…el neoconstitucionalismo adolece de los problemas del marco westfaliano…". César Rodríguez Garabito, "Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina", en César Rodríguez Garabito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, pp. 71.

[12] *Ibidem*, pp. 72-73.

[13] Sobre la función reguladora de instituciones internacionales en ámbitos exclusivos del Estado puede verse Armin von Bogdandy, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 2006, pp. 223-242; Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 93-119; Matthias Goldmann, "Necesitamos cortarle la cabeza al Rey: enfoques pasados, presentes y futuros sobre el *soft law* internacional", en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, núm. 2, enero-junio 2015, pp. 45-109.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

guna manera los órganos jurisdiccionales internacionales han encontrado también un camino para explorar modificaciones a la estructura de la solución de las controversias.

Puede decirse que la justicia basada en normas internacionales ha emprendido dos caminos de aplicación, y que en México han resultado controvertidos por la postura monista que durante años sirvió para entender nuestro sistema jurídico.[14] Por un lado, se abrió la posibilidad de que los jueces nacionales se acercaran al derecho internacional como derecho aplicable; por el otro, las jurisdicciones internacionales, particularmente las regionales de derechos humanos, han intentado superar la regla del valor inter partes de una sentencia internacional.

En el primer caso, nociones como control de convencionalidad, interpretación conforme a tratados internacionales, o interpretación más favorecedora en el goce de un derecho, han permitido que los jueces nacionales, incluso las autoridades no judiciales de un Estado, puedan resolver o actuar con base en normas internacionales. En el segundo, bien puede verse en la postura de los Estados, por ejemplo Grecia en la sentencia Alemania *vs* Italia de la Corte Internacional de Justicia,[15] pero sobre todo en las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Gelman, pues ahí el efecto obligatorio de una decisión se extiende no solamente a las partes en la controversia, sino a las partes del tratado que se interprete. En esas dos dimensiones analizaremos la manera en que el sistema de justicia internacional trastoca los pilares de la concepción clásica westfaliana del derecho internacional.[16]

El uso del derecho internacional en sede nacional. Referencia a Eirlich, la Contradicción de Tesis 293/2011 y a la sentencia S.A.S.

Si se analiza con detenimiento, la posibilidad de que los jueces nacionales se ocupen del derecho internacional no es reciente. No obstante ello, en México tuvo que ser la Corte Interamericana, con la sentencia Radilla Pacheco, la que desencadenara una buena cantidad de reflexiones sobre cómo y quiénes se deben ocupar en el territorio nacional de aplicar y verificar que se cumpla el derecho internacional. Ya en 1928,

[14]Postura que parece ya definitivamente superada en México, después de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011. Puede verse Guillermo Enrique Estrada Adán, "El diálogo judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión del *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011", en José Luis Caballero *et al.* (coords.), *Los derechos políticos electorales en Michoacán. Dimensión internacional, constitucional y local*, Morelia, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2015, pp. 45-74.

[15]Me refiero a International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, juicio de 3 de febrero de 2012, párr. 11.

[16]Un tercer tipo de fenómeno en las jurisdicciones internacionales está planteada en términos de posibles empalmes de competencia, y por tanto posibilidad de encontrarse con sentencias contradictorias, pues los principios de cosa juzgada internacional o litispendencia no necesariamente anulan, en todos los casos, las competencias de otros órganos jurisdiccionales. Sin embargo, este tipo de problemática ha sido ya explorada abundantemente por la Comisión de Derecho Internacional en 2006 (Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º periodo de sesiones, A/61/10, 2006, 294 p.), y aunque podríamos insistir en soluciones, escapa el objetivo de este trabajo que en realidad se centra en la implicación del sistema de justicia internacional en el derecho nacional.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Ludwik Ehrlich, profesor polaco en la universidad de Lwów, sostuvo en su curso de la Academia de La Haya, algo que en realidad nos parecería obvio y contundente pero que hacía falta decir: las autoridades administrativas o judiciales de un Estado, se encuentran frente a la necesidad de interpretar el tratado que efectivamente ha sido consentido por su Estado y cuando se encuentre en vigor.[17]

El problema que advierte Ehrlich, quien también fue juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es saber si el tratado internacional debe ser interpretado por principios de derecho internacional o puede su derecho nacional plantear una específica manera de interpretarlo. En realidad, si un Estado decide usar el tratado e interpretarlo con base en sus reglas jurídicas nacionales, solamente deberá advertir que el resultado no sea contrario a una obligación internacional, pues de lo contrario provocaría la responsabilidad internacional. Es cierto que cuando Ehrlich imparte su curso en La Haya, no contábamos con el derecho de los tratados reunido en la Convención de Viena, que no se firmará hasta 1969, pero no eran olvidados los principios que el propio Hugo Grocio o Vattel habían ya aplicado al derecho contractual internacional.[18]

En realidad, lo que se dice es que el derecho internacional convencional, que tiene reglas específicas para que los Estados puedan obligarse voluntariamente a él, es derecho aplicable en los actos que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. Sí es cierto que entre monistas y dualistas pasaron el siglo XX en constante revisión de cuál era la mejor manera para que el derecho internacional formara parte del derecho nacional; pero cualquiera que fuera la posición doctrinal no se discutía si, una vez parte del derecho interno, el internacional debería ser utilizado. En México, como se ha dicho ya con suficiencia y en abundancia, nuestra postura monista nacionalista inundó las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Unión siempre que se discutió la jerarquía de los tratados internacionales frente a las normas mexicanas.[19] El resultado indiscutible siempre fue la supremacía de la Constitución.

Esta circunstancia, sin embargo, ha cambiado a partir de la reforma constitucional al artículo 1º, en el 2011, y con la decisión de la Contradicción de Tesis 293/2011,[20] resuelta en septiembre de 2013. Ahora, responder a la pregunta si en México somos monistas o dualistas, monistas nacionalista o internacionalistas, resulta estéril, pues la respuesta debiera ser depende (en la medida que debemos precisar cuál es la norma más

[17] *Cfr*. Ludwik Ehrlich, "L'interprétation des traités", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, vol. 24, núm. IV, 1928, pp. 5-145.

[18] *Cfr*. Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, París, Presses universitaires de France, 1999, pp. 396-399; Emer de Vattel, *Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, vol. I, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, p. 461.

[19] Durante mucho tiempo, el diseño constitucional latinoamericano suponía que los tratados internacionales podían relacionarse en niveles supraconstitucionales, constitucionales e infra constitucionales (legal e infralegal). En eso fue la discusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintos momentos de su historia. Sobre todo pueden verse los criterios de la Octava y Novena épocas. *cfr*. Guillermo Enrique Estrada Adán, "Ubicación jerárquica de los tratados internacionales de integración en el sistema jurídico mexicano", en Carlos Humberto Reyes Díaz (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, México, Porrúa/Facultad de Derecho de la UNAM, 2008.

[20] *Cfr*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, 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. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

protectora, y si no hay restricción expresa en la Constitución). Otro tanto infructuoso es responder a la pregunta sobre la jerarquía de los tratados internacionales, ni siquiera cuando se precisa por los derechos humanos, pues la forma gramatical que usa la Constitución en el párrafo primero del artículo 1º, es *derechos humanos consagrados en tratados internacionales* y no tratados internacionales de derechos humanos, que sí refiere en el párrafo segundo. Esto provocaría hacer una precisión respecto de si el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derecho a la vida, tiene una jerarquía diferente del artículo 51 de la propia Convención, que contempla la elaboración de un informe por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Formalmente, para usar la frase de la Suprema Corte mexicana, deberíamos decir que existe un parámetro de control de regularidad constitucional, en la medida que lo que importa es la protección de los derechos y no necesariamente seguir la postura monista nacionalista o la internacionalista. Si esto puede ser reflexionado y debatido, entonces estaríamos un paso más cerca de repensar una relación entre el derecho nacional y el derecho internacional sin el fantasma de la concepción westfaliana.

Pero el énfasis que se hace en este trabajo no es tanto de las normas sustantivas convencionales o de otro tipo —bien podrían ser consuetudinarias, producto de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, etcétera—, sino de la influencia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales de derechos humanos. Esto es, la segunda parte de la Contradicción de Tesis referida.

Vale decir aquí que el desencuentro de los tribunales colegiados de circuito que propiciaron la contradicción de criterios solamente se tocaba en lo referente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[21] y dejó fuera la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, que por supuesto interpretara normas convencionales obligatorias para México. Por ejemplo, no quedan contempladas dentro de la decisión de la Corte, las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o las del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; ni

[21]Me refiero a las tesis: "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos", Novena Época; Registro: 168312; Instancia: Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación *y su Gaceta*; tomo XXVIII, diciembre de 2008; Materia: Común; p. 1052; y "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar solo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen". Novena Época; Registro: 164611; Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación *y su Gaceta*; tomo XXXI, mayo de 2010; Materia: Común; p. 1932.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

tampoco aquellas decisiones de la Corte Internacional de Justicia[22] o de cualquier otro tribunal internacional siempre que versaran sobre temas de derechos humanos consagrados en normas internacionales obligatorias para el Estado mexicano. Una postura mucho más incluyente sería la que abarque la vinculatoriedad de todo ese arsenal de decisiones.

Es cierto que en forma de diálogo, pero la Suprema Corte mexicana abrió la puerta a las decisiones de un tribunal internacional, que en principio se rige bajo el principio de valor inter partes de sus sentencias, siempre que propicie modelos de mayor protección de derechos de las personas. La vinculatoriedad propuesta, que no obligatoriedad, se centra en la noción de diálogo judicial, donde no existen necesariamente criterios de jerarquía o de obligación jurídica.

Concluye la Corte 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.
> …
> Por consiguiente, este 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.

Al final, por diálogo debe entenderse, en todo caso, no la sola reproducción de sentencias o criterios, sino un estudio del caso, de las circunstancias y razonamientos, argumentos o interpretaciones de los jueces.[23] En ese sentido, es el aparato de justificación utilizado en cualquier sentencia estudiada, el que puede aportar realmente nuevos elementos de protección.

[22]Por ejemplo, el 30 de noviembre de 2010, la Corte Internacional de Justicia declaró violaciones a tratados típicos de derechos humanos, uno de carácter universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otro de carácter regional, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Evidentemente, fue necesario que la República de Guinea ejerciera protección diplomática en beneficio del señor Diallo, y en contra de la República Democrática del Congo. Los hechos aludidos configuraban violaciones a la libertad, consistentes en detenciones arbitrarias, así como una violación a derechos de tipo mercantil. *Cfr*. International Court of Justice, case "Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea *vs*. Democratic Republic of the Congo)", juicio de 30 de noviembre de 2010.

[23]En materia de derechos humanos, el diálogo contempla tres dimensiones: entre las jurisdicciones regionales (que también refiere un diálogo cultural), entre éstas y las constitucionales, y entre las constitucionales entre sí. *Cfr.* Flávia Piovesan, "Derechos Humanos y diálogo entre jurisdicciones en el contexto latinoamericano", en Armin von Bogdandy, Juan Ignacio Ugartemendia *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 355.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Una reflexión más en este uso del derecho internacional en sede nacional se produce por lo dicho en la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en julio de 2014, en la sentencia S.A.S. versus Francia. En los hechos del caso, está la prohibición de portar velo integral en lugares públicos, en territorio francés, a la demandante, nacida en Paquistán. La decisión de la Corte, en atención al argumento sostenido por el Estado demandado, supone que el rostro juega un papel fundamental en la interacción social. Es en esos espacios públicos donde pueden ofrecerse relaciones interpersonales abiertas y, debido a un consenso social, conocer el rostro es un elemento indispensable de la vida en común.[24] Pero es en la discusión sobre el margen de apreciación francés en el caso, donde el órgano jurisdiccional recuerda que el Convenio Europeo, y por tanto el sistema europeo, tienen un rol subsidiario de las jurisdicciones nacionales. Y debido a ello, las autoridades nacionales disfrutan de una legitimidad democrática directa para resolver las controversias. Son las jurisdicciones nacionales las que, en principio, se encuentran mejor ubicadas, frente al juez internacional, para pronunciarse sobre las necesidades en contextos locales.[25]

Esto significa que, en ejercicio del control de convencionalidad, el que puede estar mejor posicionado es el juez nacional. Y si esto es cierto, no hay más que insistir sobre la importancia de que las autoridades nacionales miren, en tanto derecho aplicable, al derecho internacional, incluidas las sentencias, pues serán ellas quienes cuenten con la proximidad a los hechos, a las personas, que les permitan impartir justicia.

Res iudicata y *res interpretata*: nuevo valor a las sentencias internacionales

Otra revisión del cambio derivado de la manera en cómo observamos el derecho internacional en el siglo XXI es el valor de las sentencias internacionales para los Estados parte en una controversia, y para quienes de alguna manera tienen interés en conocer esa decisión o para quienes son parte del tratado internacional interpretado. En el primer caso podrían ubicarse Estados interesados en la solución de un conflicto a partir de normas consuetudinarias, en el segundo, el interés está determinado por las relaciones convencionales. Cualquier caso supone, desde esta perspectiva, una revisión a la posición tradicional en la que se ha basado la solución jurisdiccional internacional de las controversias, y que permite una reflexión sobre si eso agota en alguna medida el modelo de Westfalia.

Respecto del caso en donde una norma consuetudinaria está en juego, además de que el foro era la Corte Internacional de Justicia, debe decirse que más que una posición judicial es la aproximación de Grecia al proceso, como tercer Estado no parte en

[24] Cour Européene des Droits de l'Homme, *Affaire S.A.S c. France*, sentencia de 1 de julio 2014, párrs. 122 y ss.

[25] *Ibidem* párr. 129. También: "Or dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national", párr. 154.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

la controversia. La sentencia da cuenta del posicionamiento griego en la que, a decir del gobierno italiano —demandado en el caso—, existía un posible conflicto entre una norma perteneciente al *ius cogens* y la norma consuetudinaria de inmunidad jurisdiccional de los Estados. Dado que en Grecia también habían existido demandas en contra del Estado alemán, el gobierno heleno se acercó al proceso porque lo decidido por el órgano judicial de Naciones Unidas podría guiar al juez griego en la solución de los casos que tuviera frente a su jurisdicción.[26]

Es cierto que hay una buena disposición del Ejecutivo griego sin que eso vulnere la independencia judicial de sus jueces. Es cierto también que el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que lo decidido por la Corte no es obligatorio sino para las partes en la controversia.[27] En realidad, todo lo que se dice es que, en situaciones de analogía, los Estados debieran estar mucho más cercanos a las decisiones de la justicia internacional, pues de esa manera se orienta, o se guía —para decirlo en la expresión de los griegos—, a las autoridades nacionales. Pero lo que sin duda es mucho más relevante por el hilo estructural que rompe es el caso del poeta argentino Juan Gelman —que había perdido a su hijo, a su nuera y que tardó años en conocer a su nieta—, y que le ha dejado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos dos decisiones ilustrativas para avanzar en lo que se debe entender por control de convencionalidad y en reflexionar, además, sobre el valor de las sentencias interamericanas. En el primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mejoró la doctrina del control de convencionalidad que había perfilado en un segundo momento de su jurisprudencia en los casos frente a México, particularmente el caso "Radilla Pacheco". Del control de convencionalidad ejercido por los jueces del Poder Judicial, como señalaba en el caso "Radilla",[28] se movió hacia el control ejercido por todas las autoridades del Estado.[29]

Dos años más tarde, cuando la Corte se ocupó del cumplimiento de la sentencia de 2011, sostuvo que sus decisiones, por la propia naturaleza de la función judicial, tienen efecto de cosa juzgada entre las partes y, cuando pueda válidamente construirse un consenso entre los Estados parte, puede hablarse de estándar mínimo. Solamente así se podría llegar a la eficacia interpretativa de la norma convencional y que, según

[26]International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening*), juicio de 3 de febrero de 2012, "En conclusion des observations orales qu'elle a présentées sur l'objet de l'intervention en vertu du paragraphe 3 de l'article 85 du Règlement, la Grèce a notamment indiqué ce qui suit : «Une décision de la Cour internationale de Justice sur les effets du principe de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il est confronté avec une règle du droit international de caractère *jus cogens* comme l'interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire-guidera le juge grec... Ceci aura ainsi des effets importants sur des actions juridiques qui sont pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces tribunaux", párr. 19.

[27]La fórmula, que apareció también en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional bajo el mismo numeral, tiene su más antiguo antecedente en el artículo 56 de la Primera Conferencia de La Haya de 1989 ("The award is only binding on the parties in dispute who concluded the *compromis*"), y en el artículo 84 de la Primera Conferencia de la Haya de 1907 (The award is not binding except on the parties in dispute").

[28]*Cfr.* Corte IDH, caso "Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 339-342.

[29]*Cfr.* Corte IDH, caso "Gelman *vs*. Uruguay", Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 193.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

el juez Ferrer, descansa en las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.[30]

Esta postura de la Corte Interamericana no ha sido unánime en el seno mismo de su integración, pues como afirma el juez Vio Grossi, cuando se piensa en la naturaleza de la función judicial se tiene en mente que su esencia no es crear derecho, no es legislar, sino interpretar y aplicar; adjudicar a partir del derecho, resolver una controversia. La jurisprudencia sigue siendo una fuente auxiliar del derecho internacional que ayuda a identificar una norma convencional o consuetudinaria.[31] No puede, a través de la función judicial, crearse un nuevo texto de la Convención.

Así, cuando se resuelve una controversia, se entiende que es cosa juzgada internacional, y por tanto obligatoria para las partes. En las sentencias internacionales, se ha adoptado la fórmula de cosa juzgada "inter partes" y de cosa interpretada *erga omnes*, para establecer que, en materia de derechos humanos, la sentencia vincula a las partes, pero en tanto interpretación de un tratado internacional, el valor es frente a los Estados parte del convenio.[32] De la cosa juzgada puede pasarse a la cosa interpretada, como una segunda manifestación del control de convencionalidad, según la propia Corte Interamericana.[33] Pero ésta no puede ser definitiva, pues las normas jurídicas no pueden permanecer estáticas.

Ahora bien, para que la cosa interpretada tenga efecto *erga omnes*, según el funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos, hacen falta decisiones reiteradas. Así quedó expresada la categoría de "cosa interpretada" (más que de cosa juzgada), y que permite a los Comités de tres jueces resolver con base en jurisprudencia constante de la Corte. En el Protocolo núm. 14, debido al colapso y al retraso en el trámite de las demandas ante la Corte, se adoptó un sistema que otorga un valor fundamental al precedente judicial. La jurisprudencia constante en el mismo sentido de la Corte forma un criterio no sólo orientador sino definitivo en la solución de los casos siguientes. Ahora bien, cuando no se advierta que existe tal jurisprudencia, entonces el caso debe ser resuelto por la Sala y, en última instancia, por la Gran Sala.

El concepto de "cosa interpretada" permite una discusión sobre si los Estados están obligados a seguir ese criterio como parte del texto del Convenio. En el caso

[30] *Cfr*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 91.

[31] *Cfr*. Corte IDH, caso "Gelman *vs*. Uruguay", Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, Opinión concurrente de Juez Eduardo Vio Grossi, p. 5.

[32] *Cfr*. José Antonio Carrillo Salcedo, *El convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 53 y ss.

[33] "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*" (el énfasis es propio). Corte IDH, Resolución de 20 de marzo de 2013, caso "Gelman *vs*. Uruguay", *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, párr. 69.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

europeo, el hecho de que un Comité de tres jueces resuelva con base en la interpretación constante del propio Tribunal, permite entender que la interpretación se vuelve obligatoria para los 47 Estados del Consejo de Europa. Eso mismo ha sugerido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los Estados parte del Pacto de San José deben asumir que hay cosa interpretada cuando la propia Corte asigna significado al texto convencional.

El camino de los europeos para llegar ahí fue la creación de un protocolo adicional de enmienda que modifica directamente el Convenio. No fue en este caso una creación pretoriana, sino un consenso de la voluntad estatal.[34] Las creaciones mismas de los sistemas, el de 1950 en Europa y el de 1969 en América, obedecen a objetivos diferenciados. Ambos se piensan para la protección de derechos, y el de América se nutre necesariamente de la influencia del europeo, pero hay diferencias sustanciales que no pueden perderse de vista. Por ejemplo, en el párrafo 3 del Preámbulo del Convenio Europeo se lee uno de los objetivos fundamentales: "Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"; lo que convierte al Consejo de Europa en una organización de cooperación internacional pero también con la intención de formar una unión más estrecha entre sus miembros en materia de derechos humanos.[35] En América, en cambio, se siguió un modelo de cooperación internacional, regido bajo los principios de solidaridad y buena vecindad.

Independientemente de ello, el resultado es que no podemos perder de vista que las fortalezas institucionales, esas que tanto hacen falta en las instituciones interamericanas, pasan por un examen crítico de sus decisiones, y en eso puede estar el mayor reto de la Corte Interamericana: si, con los efectos *erga omnes* de sus sentencias, alcanza a replantearse la ingeniería que los Estados han utilizado para convivir internacionalmente.

A manera de conclusión debe decirse que no hay duda de que en la comunidad internacional, la expansión de tribunales internacionales es una provocación más para insistir sobre el replanteamiento de nuestras viejas concepciones del Estado mismo. Particularmente, las sentencias internacionales recientes, el valor que los propios órganos judiciales internacionales pretenden darles a ellas mismas, las posiciones de cortes supremas como la mexicana, o la aproximaciones de gobiernos interesados, como el griego, en saber qué resuelven las cortes internacionales, ofrecen elementos para enfatizar la posición que guarda el modelo de Estado soberano según Westfalia, y explorar, desde distintos enfoques teóricos y prácticos, cómo podemos transitar a una concepción de Estado más cercano a las personas físicas y a la protección de sus derechos.

[34]Sobre el efecto de la "cosa interpretada" y la vinculación como si se tratara de un sistema constitucional, véase García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas/Thompson Reuters, 2010, pp. 82-85.

[35]Javier García Roca, "El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo", en *La Europa de los Derechos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 37-41.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/