

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el “material interamericano” en el siglo XXI

Guillermo Enrique Estrada Adán*

1. INTRODUCCIÓN: AIRES DE CAMBIO EN EL (RE)PENSAR LOS MODELOS CLÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hay generaciones de pensamiento que se identifican por incidir de manera más directa que otras en el entendimiento o comprensión del mundo que les toca vivir. La Ilustración es, quizá, una de las épocas recientes que con mayor fuerza determinó cómo habría que aproximarse a las relaciones personales: pensar a los seres humanos como seres libres e iguales en derechos desde el nacimiento. Fue esa concepción, como ha insistido Fioravanti, una *fractura de época* en el correr de la historia.¹ ¿Y si el siglo

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Este texto tiene como antecedente los seminarios internacionales sobre supervisión, cumplimiento e impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos realizados en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional durante los veranos de 2016 y 2018. Agradezco además puntualmente a Mariela Morales su invitación y a la UNAM, a través del Proyecto PAPIME *Relación entre derecho internacional y derecho nacional: (de)construcción de fronteras y aproximación a nuevos enfoques*.

¹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli Editore, 1995, p. 28.

xxi es también el tiempo para otra generación privilegiada? Pensémoslo desde esta perspectiva: no debe ser menor, principalmente para los latinoamericanos, imaginar y comprobar que apenas catorce personas, desde su función de comisionados o jueces internacionales, son capaces —gracias al empeño de otros tantos cientos— de repercutir en el modo de comprender nuestro desigual mundo del Sur.² Quizá por ello no es lejano afirmar que está frente a nosotros una oportunidad de formar parte de la generación que transforma, desde un ángulo pequeño pero no insignificante, nuestra realidad a partir de los derechos “interamericanos”. Y si esto fuera así, entonces estaríamos disfrutando de aires de cambio en la concepción clásica de eso que llamamos derecho internacional.

Escuchemos las conversaciones de los juristas (podríamos hacerlo también con las de los políticos y con las de muchos ciudadanos preocupados por sus derechos) en el contexto de la actuación de los órganos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y concluiremos que hay particular interés en el modo de entender los procedimientos de creación del derecho internacional, quiénes pueden usarlo o para qué se insiste tanto en las sentencias y decisiones internacionales. Esfuerzos como las modificaciones a los planes de estudio de las licenciaturas en Derecho, los foros académicos para reflexionar sobre los mejores perfiles que ocupen vacantes en la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos o la participación intensa de la sociedad civil en la formación de una cultura de derechos demuestran que hay un trabajo académico fundamental para, por un lado, proponer herramientas teóricas capaces de explicar el mundo de los derechos y, por otro, formar a ciudadanos que gocen y disfruten de esa cultura.

Pensemos también que nuestra realidad de pobreza, desigualdad o marginación no se alcanza a explicar desde los modelos teóricos frecuentemente utilizados a partir del siglo xx, cuando el derecho internacional apareció con mucha mayor fuerza y con

² A manera de conclusión, Armin von Bogdandy, en el Coloquio Iberoamericano de 2018, advertía que, *grosso modo*, los latinoamericanos no veíamos con claridad lo que una Corte y una Comisión eran capaces de transformar en las realidades de nuestros países.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

varias instituciones antes desconocidas (*p. ej.*, los tribunales o cortes permanentes).

Desde esa percepción, la propuesta de este texto es advertir al menos tres grandes vías de análisis, en cuanto espacios para transitar, sobre el impacto —llamémoslo así por ahora— producido de muchas maneras y en muchos contextos alrededor de la producción de las organizaciones y organismos internacionales, en general, y de los órganos del Sistema Interamericano, en particular. La primera vía es una reflexión sobre la comprensión del derecho internacional en el siglo **xxi**, principalmente a partir de la relación entre el derecho nacional e internacional y el modo de crear normas jurídicas (es un impacto en las fuentes y en la relación del derecho internacional); la segunda refiere directamente el uso del material jurídico interamericano y el seguimiento que los Estados realizan (es un impacto en el cumplimiento-implementación de decisiones internacionales), y la tercera señala líneas de reflexión sobre las cuales valdría seguir dialogando, sobre todo si se considera el contexto interamericano (es un impacto, en términos generales, en la función de la academia). Vistas en conjunto advierten una realidad con la que hasta hace muy poco estábamos inseguros de poder contar. Es, quizá, momento de una gran generación.

2. COMPRENDER EL DERECHO INTERNACIONAL DEL SIGLO **XXI**: IMPACTO EN LAS FUENTES Y EN LA RELACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un punto de partida que presume una gran cantidad de hechos, teorías y diálogos previos es la revisión del derecho internacional actual, con cada vez menos explicaciones usadas para comprender al derecho internacional clásico. Por tanto, se tratará de tomar distancia de concepciones ancladas al siglo **xx** (o anteriores) que sirven de base a actuales discursos jurídicos sobre la implementación o cumplimiento de decisiones internacionales. Bien puede ser esta la situación de México.

En ese debate sobre cumplimiento podría buscarse la pertinencia de producciones legislativas o reglamentarias que distri-

buyan competencias entre los órdenes federales, locales y municipales para hacer cumplir una sentencia. O también se podría insistir en una buena redacción de la ley, que incluyera el respectivo medio de defensa procesal para el eventual incumplimiento; dicha situación supondría el fin de la discusión y apuntaría, una vez más, a la legalidad como buena práctica de las autoridades mexicanas. Sin embargo, la realidad demostraría al menos dos cosas: que no hace falta ley, sino disposición gubernamental y recursos de imaginación para implementar las recomendaciones de organismos internacionales,³ y que la ley es interpretable y que el sentido del derecho está, sobre todo, en la interpretación. Por tanto, pensemos mejor en cómo reinterpretar concepciones teóricas, adaptarlas y renovarlas, con el objetivo de que sean útiles para ayudarnos a comprender nuestros contextos.

De todos los aparatos teóricos que el derecho internacional ha construido, identifiquemos la relación entre derecho nacional y derecho internacional y la producción o creación normativa como dos escenarios que, además de estar estrechamente vinculados, ofrecen buena cantidad de retos y debates. Y si bien hay un esfuerzo en este trabajo para orientarlo a la reflexión del Sistema Interamericano, no podemos evitar pensar este reto a partir de todo el derecho internacional.

La relación entre derecho internacional y derecho interno fue un planteamiento que construyeron principalmente teóricos del derecho, teóricos internacionalistas y teóricos constitucionalistas durante buena parte del siglo xx. Se basaron, sobre todo, en la división entre monistas y dualistas⁴ que generó, por ejemplo

³ Como Jean Girodoux: “Aquí todos sabemos que el derecho es la más fuerte de todas las escuelas de la imaginación. Jamás un poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente, como un jurista la realidad”. Citado por Panuccio, Vincenzo, *La fantasia nel diritto*, Milán, Giuffrè, 1994.

⁴ De este binomio y de su superación se ha ocupado con profundidad, entre otros, Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011, pp. 283-306. Puede consultarse también un trabajo previo: Estrada Adán, Guillermo Enrique, “El diálogo judicial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011”, en Caballero, José Luis *et al.* (coords.), *Los derechos político electorales en Michoacán. Dimensión internacional, cons-*

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

en Estados monistas —como el mexicano— una gran cantidad de textos normativos (piénsese en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) y doctrinales.⁵ Afianzados en el discurso de la soberanía, los Estados que consiguieron su independencia en el siglo XIX se aseguraron de que el derecho internacional ingresara al derecho nacional solo mediante normas convencionales, y de acuerdo con el procedimiento y contenido de la norma constitucional. De ahí que una adecuada aproximación conceptual y/o teórica a la relación entre derecho nacional y derecho internacional incidirá necesariamente en la implementación de las decisiones de organismos internacionales, y esta, a su vez, permitirá no solamente derrocar las viejas estructuras constitucionales, sino apostar por modelos legales (constitucionales incluso) de apertura al derecho internacional⁶ y, sobre todo, por modelos educativos-formativos de entendimiento del derecho, en general, y del derecho internacional, en particular.⁷

Ahora bien, esa adecuada aproximación a la relación entre derecho nacional e internacional debe considerar que la frontera entre ellos se desdibuja cada vez más en temas de derechos humanos. Si bien se usan frases que definen el origen legislativo de la norma (derechos humanos de fuente nacional o internacio-

titucional y local, México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2014, pp. 45-74.

- ⁵ Destacan, entre otros: Martínez Báez, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946.
- ⁶ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 241-244 y 252-260.
- ⁷ Lo que ahora discutimos los juristas mexicanos puede quedar perfectamente superado en unos años si en el aula de clases existiera un modelo de enseñanza acorde a las necesidades de este siglo. La propuesta llevaría tiempo, pero sin duda sería efectiva. Sobre un nuevo modelo de enseñanza en el siglo XXI puede verse: Piccato Rodríguez, Antonio, “¿Dónde pongo lo hallado? La enseñanza del derecho entre la teoría, la dogmática y la argumentación”, en Estrada Adán, Guillermo E. y Reyes Díaz, Carlos H. (coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*, México, Porrúa, 2014, pp. 110-117.

nal), ya no existe una jerarquía absoluta entre ellos, sino principios que determinan la aplicación de una u otra. Este sistema de coordinación entre normas, que formarían un bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional en términos de lo establecido por la Corte mexicana,⁸ tiene además otro gran reto: romper la concepción de que el derecho internacional es solamente norma convencional. Y eso nos mueve, entonces, al impacto de las decisiones internacionales en el proceso de creación normativa.

El derecho internacional que tenemos en el siglo XXI no se agota en tratados internacionales: hay además costumbre internacional —no obstante la dificultad de su determinación—, actos unilaterales estatales, decisiones judiciales, resoluciones de organizaciones internacionales e incluso actuaciones de organizaciones internacionales que, sin ser derecho, parece que lo son —*soft law*—. ⁹ Es desafortunado pensar que las fórmulas gramaticales de los artículos 1 y 133 de la Constitución mexicana¹⁰ ubican a todo el derecho internacional como obligatorio para las autoridades mexicanas; si bien el artículo 1, a partir de 2011, ya presenta una mejor construcción respecto del artículo 133. Tampoco puede pensarse que las únicas sentencias con las que el Estado mexicano lidia son las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues en realidad hay laudos

⁸ Véase SCJN, *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. Particularmente la Tesis de rubro: “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”.

⁹ Véase Treves, Tullio, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milán, Giuffrè, 2005, p. 266. También Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en Ku, Charlotte y Diehl, Paul (eds.), *International Law. Classic and contemporary readings*, 2a ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2003, pp. 51 y ss.

¹⁰ Es mejor la frase del artículo 27 constitucional mexicano, párrafo V: “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional [...]”.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

arbitrales,¹¹ informes del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los comités de las Naciones Unidas (respecto de los cuales México ha aceptado la posibilidad de activar el mecanismo de peticiones individuales), que al final configuran un complejo mecanismo de resoluciones o decisiones que obligan a que el Estado tome una posición frente a ellas.

Esta concepción ampliada de las normas internacionales advierte que el consentimiento estatal no siempre se manifiesta en las formas tradicionales para aceptar un tratado internacional.¹² Ciertamente que en el derecho internacional de corte convencional el consentimiento de los Estados es evidente por ser expreso, pero ahora contamos también con un material producto del trabajo de varias instituciones donde no siempre la noción de obligatoriedad es clara según el modelo clásico.¹³ De alguna manera, esa realidad presenta un modelo de fuentes de derecho internacional no necesariamente consensual.

Un jurista internacionalista, ya sea que se ocupe de inversiones, de comercio, de derecho del mar o del derecho internacional general, dirá que vale la pena distinguir entre lo obligatorio y aquello que no lo es. La consecuencia que le sigue al posible incumplimiento de uno y otro es fundamental: frente a lo obligatorio habría responsabilidad internacional, mientras que frente a

¹¹ Incluso aquel por el que tuvo que modificarse la Constitución mexicana para quitar la Isla de la Pasión como parte integrante del territorio de México. No que el laudo del rey italiano lo dijera expresamente, pero era una consecuencia necesaria de la decisión al conflicto. Véase Gómez Robledo, Antonio, *Derecho. Obras 7*, México, El Colegio Nacional, 2001, pp. 354-356.

¹² Es justamente esta la visión de Koskenniemi, Martí, *From apology to utopia. The Structure of International Legal Argument*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, pp. 303-364.

¹³ El vocablo en inglés *soft law* designa este tipo de decisiones. Véase Goldmann, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 335-368. La versión en español se encuentra en: “Necesitamos cortar la cabeza al Rey: enfoques pasados, presentes y futuros sobre el *soft law* internacional”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Nueva Época, núm. 2, enero-junio 2015, pp. 45-109.

la *lex ferenda* o frente al *soft law* no puede existir sanción. La responsabilidad genera consecuencias, como la reparación. No acatar una recomendación genera, en ocasiones, una imagen de Estado cínico y provoca un rechazo de alguna parte de su comunidad.

Tal análisis no puede quedarse en ese nivel de descripción, pues los documentos que denominamos *soft law* generan mucho más influencia en el discurso jurídico de lo que creemos. Y sobre esto debemos insistir particularmente. El *soft law* no genera obligaciones jurídicas, pero una sociedad civil organizada y fuerte y una academia pujante no deben dejar de decir que el mundo del siglo XXI, en el cual México está inserto, exige una actitud conciliadora con el derecho no obligatorio (acaso la frase es ya una contradicción, pues, como se sabe, todo derecho obliga). La práctica reciente en foros internacionales más allá de la Corte IDH, especialmente la sentencia sobre la moratoria de caza de la ballena, *Australia vs. Japón*, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ),¹⁴ demuestra que la resolución del órgano plenario de la Comisión Ballenera Internacional —es decir, un *soft law*— tiene fuerza importante en la solución de las controversias internacionales. La CIJ expresa que si bien no tienen fuerza obligatoria las resoluciones adoptadas por unanimidad o por consenso en el seno de un órgano plenario, sí pueden ser pertinentes para la interpretación de una convención.¹⁵ Esto es un indicador de que las resoluciones no obligatorias no pueden ser desechadas, a veces con desdén, por los Estados.

Debe diferenciarse esas resoluciones adoptadas por consenso o unanimidad que refiere la propia CIJ de las otras recomendaciones decididas por órganos de protección de tratados, pues en realidad no representan la voluntad de los Estados parte de un tratado. Sin embargo, no puede olvidarse que los comités, y todavía más en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA)—, son instituciones nacidas de la

¹⁴ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon; Nouvelle Zélande intervenant), sentencia de 31 de marzo de 2014.

¹⁵ “[...] Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n’ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu’elles sont adoptées par consensus ou à la unanimité, elles peuvent être pertinents aux fins de l’interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé”. *Ibidem*, párr. 46.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

voluntad estatal para cumplir una misión particular respecto de un tema. Esa misión no puede ser obviada por los Estados que las crearon, menos aún si han aceptado su competencia para resolver controversias cuando hayan ido en contra de su obligación convencional. Por tanto, la línea que divide lo obligatorio de lo no obligatorio tiende a diluirse más que a enfatizarse.

El vocablo “recomendación”, utilizado para designar decisiones originadas en órganos u organismos internacionales que por ministerio convencional no son obligatorias, enfrenta retos en las legislaciones nacionales cuando los Estados las observan *motu proprio*, o porque son forzados a observarlas por la exigencia nacional e internacional de otros actores no estatales.¹⁶ La propuesta es advertir que, a través de estas recomendaciones del derecho internacional de los derechos humanos —así como de las otras normas convencionales, consuetudinarias, judiciales, etc.—, existe una posibilidad, como si fuera un lente de amplio espectro, de mirar y solucionar los problemas del mundo, o al menos de nuestro país.

En cualquier caso, las fórmulas gramaticales constitucionales en México o están agotadas o no abarcan toda la extensión del derecho internacional contemporáneo. Y si bien podría pensarse en unas frases mucho más abiertas, pensemos mejor en insistir en una actitud estatal de mayor apertura al derecho internacional. Esta última apertura no solamente sería una exigencia al poder ejecutivo, sino a quienes ejercen poder público en México, pues a ellos obliga el derecho internacional.

Hay otro tipo de decisiones en el amplio espectro que llamamos derecho internacional que permitiría superar también la noción de normas convencionales: las resoluciones del Consejo de Seguridad, pues parecen gozar de un estatus que les permite crear legislación abstracta y general. En ocasiones, el Consejo no crea más una *lex specialis*,¹⁷ sino reglas de mucho mayor alcance. Re-

¹⁶ Koh, Harold, H., “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, núm. 75, 1996, pp. 181-207. En contra puede verse: García Pascual, Cristina, *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 213.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Resolución 1244 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4011ª sesión, celebrada el 10 de junio de 1999, referida a la situación de Kosovo, [https://undocs.org/es/S/RES/1244%20\(1999\)](https://undocs.org/es/S/RES/1244%20(1999)).

cuérdese además que, en términos del artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, esas resoluciones son obligatorias para los Estados. Revisemos con mayor detalle la Resolución 2214, de marzo de 2015, respecto de la situación en Libia y el aumento de grupos terroristas en la región, en la que el Consejo de Seguridad:

6. *Reafirma* que los Estados Miembros deben cerciorarse de que las medidas que adopten para combatir el terrorismo se ajusten a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, y recalca que el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho son complementarios y se refuerzan mutuamente, y que junto con las medidas eficaces contra el terrorismo son esenciales para el éxito de la lucha contra el terrorismo, y señala la importancia de respetar el estado de derecho a fin de prevenir y combatir eficazmente el terrorismo, y hace notar que el incumplimiento de esas y otras obligaciones internacionales, incluidas las que les impone la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los factores que contribuyen al aumento de la radicalización y hace que cobre fuerza la sensación de impunidad [...] ¹⁸

Las frases utilizadas son más cercanas a la legislación general y abstracta que a una redacción que aplique a un solo Estado o una zona geográfica; incluso hay un vínculo estrecho que plantea el Consejo respecto de las medidas para combatir el terrorismo y las obligaciones estatales derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, de los refugiados y del humanitario. Luego entonces, un debate sobre la implementación del derecho internacional en el derecho nacional, especialmente en el caso mexicano y con mayor detalle respecto de la implementación de las recomendaciones de organismos de derechos humanos, debe incluir algunas resoluciones del Consejo de Seguridad.

Por último, pensemos que no solamente el derecho internacional de los derechos humanos permite hablar de implementación o de cumplimiento. También existen el derecho de las in-

¹⁸ Resolución 2214 (2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7420ª sesión, celebrada el 27 de marzo de 2015, <https://undocs.org/es/S/RES/2214%282015%29>

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

versiones, el comercio internacional y los arbitrajes, que ya le han generado responsabilidad internacional al Estado y le han obligado al pago de millones de dólares. El Estado mexicano, según consta en las decisiones, no ha respetado los derechos que protegen al inversionista (que, por otro lado, en sedes europeas han encontrado cabida también en la protección a la propiedad) y ha cargado con la indemnización. A diferencia de otros temas, en esos casos —en los que por cierto no se cuenta con leyes de implementación— no se discute si son o no obligatorios o si es una u otra secretaría de Estado quien debe pagar; se pagan y basta.¹⁹ El Estado mexicano cumple con su obligación internacional.

En síntesis, una revisión del impacto de las decisiones internacionales debe superar las deficiencias teóricas y normativas que existen en la relación entre derecho nacional e internacional, sobre el derecho convencional como única fuente de producción del derecho, y ofrecer un mecanismo de apertura mayor al ámbito internacional, incluso al derecho no obligatorio, que finalmente es con el que trabajamos en el siglo XXI.

3. EL MATERIAL INTERAMERICANO Y EL IMPACTO EN SU CUMPLIMIENTO

En referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, visto desde México, debemos apuntar que mucho se ha dicho sobre las sentencias *Campo Algodonero*²⁰ y *Radilla Pacheco*,²¹ que datan de 2009, y las que le siguieron, que, sin ser tantas, sí continuaron en el tono de las primeras condenatorias (sin contar *Cas-*

¹⁹ Véase, por ejemplo: Caso CIADI No. ARB (AD)/05/2, Cargill, Incorporated y Estados Unidos Mexicanos, Laudo de 18 de septiembre de 2009, http://www.2006-2012.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/comercio_exterior/solucion_controversias/EDO-INVER/Casos_Activos/Cargill%20Inc/Laudo_Cargill_version_redactada.pdf

²⁰ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

²¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

tañeda Gutman).²² Se ha tratado, con profusión incluso, el estatus del cumplimiento de ambas sentencias y se ha celebrado la decisión de una reparación integral, pero también se ha hablado de la dificultad de declarar cumplida una sentencia que busca —no podría ser de otra manera— dar con el paradero del señor Rosendo Radilla. Dentro de las nuevas sentencias respecto de México, destaca la más reciente, en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*,²³ que resulta particularmente interesante porque refiere a la administración de Enrique Peña Nieto —expresidente de México— mientras era gobernador del Estado de México. Así, nuestro país se encuentra nuevamente frente al desafío de implementar una sentencia condenatoria en la que, cabe resaltar, hubo un reconocimiento parcial de responsabilidad estatal. Bien podríamos avanzar en determinar qué hacer con estas sentencias y cómo tendría que organizarse el Estado mexicano para cumplirlas.

Pero aquí aparece una advertencia que cabe señalar: mientras que el cumplimiento de la sentencia estaría relacionado con las medidas de reparación dictadas por el órgano jurisdiccional, el impacto trasciende la sentencia y provoca un panorama de análisis sobre las discusiones o contextos que tenemos sobre los derechos. Ciertamente, el impacto no es una categoría jurídica (no significa que eventualmente pueda serlo) pero sí es una alternativa el revisar la influencia de ciertas decisiones jurídicas en la cultura de un país. Los juristas tendríamos que dialogar con otros saberes y usar otras metodologías para poder acercarnos a una medición del impacto real de una decisión.

En México ha sido el poder judicial quien ha impulsado con mayor medida acciones vinculadas a las disposiciones de las sentencias internacionales que podrían ser analizadas como impacto. Dichas acciones incluso han generado una tensión importante con el órgano encargado de investigar: Fiscalía General de la Re-

²² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

²³ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 371.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

pública. Una sentencia reciente de un tribunal colegiado que cita ampliamente criterios de la Corte IDH, incluido el cálculo de los montos de indemnización para las víctimas, constituye un buen ejemplo. El contexto es, sin duda, Ayotzinapa; y eso imprime una expectación particular. El tribunal mexicano ordena que, en atención a criterios interamericanos, se cree una comisión de la verdad, tripartita, para investigar los hechos, debido a múltiples violaciones encontradas en la investigación realizada por la autoridad ejecutiva. Pueden existir discusiones sobre los alcances de la creación de esta comisión, pero de lo que no hay duda es del fuerte impacto de las decisiones del órgano jurisdiccional interamericano en la sentencia interna.²⁴

Ahora bien, además de la actividad jurisprudencial o alrededor de las sentencias, deberíamos dirigir nuestra atención a otros documentos que, si bien no está definida su naturaleza o no debidamente problematizada, podrían constituir escenarios importantes para los siguientes pasos en el contexto de la “interamericanización” de los derechos.

Este planteamiento estaría perfectamente ligado a una reflexión sobre el impacto en el diseño de fuentes normativas o creación de derecho internacional que advertimos en el apartado anterior: ¿vale la pena seguir pensando solamente en sentencias de la Corte IDH o en informes producidos por sistema de peticiones individuales de la CIDH (o los especiales)? o, ¿estaríamos ya en condiciones de permitirnos vigilar el seguimiento (en cuanto obligatorios, o al menos tratarlos como si fueran) de dos tipos de decisiones interamericanas que anteriormente no se concebían como obligatorias? Pensemos en las más recientes opiniones consultivas de la Corte IDH (*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*²⁵ y *Medio ambiente y dere-*

²⁴ Véase Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito, Amparo en revisión 203/2017, relacionado con los amparos en revisión 204/2017, 205/2017 y 206/2017, magistrado ponente Mauricio Fernández de la Mora, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=508/05080000211078340011012.doc_1&sec=Jes%C3%BAs_Desiderio_Cavazos_Elizondo&svp=1

²⁵ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo

*chos humanos*²⁶) y las resoluciones recientes de la CIDH respecto de temas como corrupción y derechos humanos y Migración forzada de personas venezolanas.²⁷ Con la atención en ellas y en su contenido, bien valdría pensar en una suerte de “material jurídico interamericano” que se suma a las sentencias de la Corte IDH para formar un *corpus* que no solo incluye sentencias, sino una amplia producción de los órganos del Sistema.

Respecto de las opiniones consultivas, la Corte IDH les ha dado un impulso fundamental en los últimos meses. Aquel debate que suponía la no obligatoriedad de las opiniones, o que solamente lo fueran para los órganos no principales de la OEA en el caso de que fueran ellos quienes las solicitaran, ha transitado hacia la consideración de los criterios consultivos en el ejercicio del control de convencionalidad.²⁸ Es decir, los Estados que consienten un tratado deberán advertir no solo la producción por vía de la contención, sino también de la consulta. Si así sucede, volvería prácticamente obligatorio —o vinculante, en terminología de la Corte mexicana— lo que hasta este momento no lo es. Habría, en efecto, un impacto respecto de lo que consideramos derecho y la manera de producirlo.

entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH). Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

²⁶ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

²⁷ CIDH, Migración forzada de personas venezolanas, Resolución 2/18, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf> También CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

²⁸ Ago, Roberto, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy”, en Rama-Montaldo, Manuel, *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 1081-1098.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

Mientras que en México tenemos pendiente una discusión seria, tanto en el ámbito académico como en el jurisdiccional respecto al *soft law* y sus efectos, la Corte IDH propone que el material consultivo sea motivo de control de convencionalidad desde la actividad interna.²⁹ Si la opinión consultiva interamericana es, por antonomasia, un ejercicio de interpretación de la Convención Americana, entonces los Estados parte están constreñidos a utilizarla. En este procedimiento no importa si la actividad de la Corte se activó por vía contenciosa o consultiva, sino que con su actividad contribuye a la protección de derechos.

Hay una situación que no previó la Corte, no obstante su intento de vincular a los Estados a utilizar sus criterios consultivos, y es aquella en la que un Estado no parte de la Convención solicita una opinión en su calidad de miembro de la OEA. En ese caso no puede utilizarse el criterio del consentimiento, sencillamente porque no lo hay; entonces, la Corte debe proporcionar otros argumentos para suponer que sus criterios o interpretaciones consultivos deben ser utilizados sin pensar en el consentimiento estatal. De lo contrario, se queda en un punto medio del que es difícil salir: por un lado, le da mayor alcance a las opiniones consultivas, pero siempre que haya consentimiento de obligarse al tratado, y por otro, bajo ese argumento, no sería obligatoria bajo ninguna circunstancia si la opinión la solicita un Estado no parte de la Convención, aunque miembro de la OEA.

Tiene una gran virtud otorgar mayor valor a las opiniones, sobre todo las vinculadas con el control de convencionalidad, si

²⁹ “28. Por otra parte, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. Corte IDH. OC-23/17, *op. cit.*, párr. 28.

se consideran los temas tratados: medioambiente e identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Pronunciamientos sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), estándares interamericanos y, por ejemplo, la creación de un glosario para aproximarnos a un lenguaje incluyente con perspectiva de género, resultan fundamentales en las dos últimas opiniones consultivas. Hay pues tareas pendientes con las opiniones consultivas y la Corte IDH ha dado un primer paso trascendental. Hacia allá transitamos.

Brevemente señalaremos ahora la importancia de un procedimiento poco revisado por los juristas pero que, por su contenido, resulta necesario analizar: las recomendaciones de la CIDH, fundadas en el significado amplio del artículo 18 de su Estatuto. Pongamos por caso la resolución que refiere la movilidad forzada de personas en Venezuela: no es un informe temático, ni uno de Estado, tampoco es un informe 50 ni uno 51; es una resolución del Pleno de la CIDH, que realiza exhortos a los Estados a partir de un análisis fáctico y conceptual con mucho rigor metodológico. No está dirigido a Venezuela, sino a los Estados, lo que lo hace un documento con pretensiones de trascender la esfera de la recomendación bajo una concepción tradicional. Incluso, la CIDH utiliza frases como “responsabilidad compartida”, que tiene detrás un importante sentido de comunidad internacional.

Puede darse cuenta de, al menos, dos grandes retos en este material: cómo reaccionamos frente al documento desde el punto de vista formal, pero también cómo acompañamos la construcción de un discurso jurídico en el marco de la protección de derechos en contextos tan específicos como Venezuela. Es decir, la actuación de la CIDH proporciona un campo fértil para la discusión sobre el impacto en la producción de las normas interamericanas, pero también, y eso es quizá lo más importante, dota de herramientas conceptuales para atender una situación que, desde su análisis de hechos, urge la atención de la comunidad americana e internacional.

Estas son apenas breves reflexiones que necesitan una visión teórica mucho más sólida de lo que parece. Plantean, sobre todo, escenarios diferentes que motivan a investigar o averiguar, construir, incluso, apartados epistemológicos necesarios para aproxi-

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

marnos de mejor manera a nuestra realidad. Dicho de otro modo: estamos otra vez ante el reto de generar respuestas teóricas pero también de acompañar en la discusión sobre su cumplimiento a este nuevo material interamericano que suma a la cultura de derechos. No puede perderse de vista, en cualquier caso, que nuestro discurso, el jurídico, está basado en nociones antiquísimas de derecho y obligación, y cómo se generan. En eso van nuestras futuras tareas.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS LÍNEAS DE REFLEXIÓN A PARTIR DEL DIÁLOGO INTERAMERICANO

Debido a que el derecho internacional es cada vez más extenso, complejo y completo, pensemos en líneas de acción amplias y no en modelos estrechos; con un modelo poswestfaliano es posible superar conceptos y reescribir definiciones.³⁰ El Estado-nación no puede ser una vía de solución según la concepción nacida en Westfalia; es necesario “transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales”³¹ y aportar escenarios donde la democracia y los derechos humanos tengan cabida.

Una primera línea de reflexión es construir una *lex data*, desde la sede nacional, de lo que para el derecho internacional es *lex ferenda*. Ante la duda sobre qué hacer con el valor jurídico de resoluciones que en principio no son obligatorias pero que deben ser referencia obligada para interpretar normas convencionales, pensemos en desdibujar de una vez la línea entre lo no obligatorio y hagamos que las resoluciones de la CIDH y los comités de las Naciones Unidas sean obligatorias para el Estado mexicano. Así se estaría acorde con la cultura de protección y promoción de derechos humanos que tanto pregonan nuestros gobiernos. Si se vuelven obligatorias en sede nacional, entonces se pueden utili-

³⁰ Rodríguez Garavito, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, pp. 72-77.

³¹ *Idem*.

zar los mecanismos procesales legales para hacer que el derecho se cumpla.

Esta ruta pone el principio de la buena fe en la cúspide del escenario. No se olvide que el derecho internacional mantiene su origen principal en la buena fe de las relaciones internacionales. El primer derecho internacional, el primer *ius gentium* se encomendó a Fides, y en la concepción westfaliana, la buena fe alcanzó las relaciones jurídicas;³² ¿a quién nos encomendamos en la era poswesfaliana para implementar o ejecutar sentencias? La respuesta natural debe ser a la buena fe de los gobiernos (todavía no podemos salvarnos de ella), pero también nos encomendamos a la sociedad civil organizada que acompaña e incluso a una academia que critica, estudia y propone. Esta línea supondría que el derecho internacional se vuelve obligatorio no solo de arriba hacia abajo —pensando que arriba está el órgano que puede crear el derecho internacional y abajo el sujeto obligado, el Estado—, sino sobre todo porque de abajo se asume como tal.

La segunda línea de reflexión insiste en dos negaciones: la relación entre el derecho internacional y el derecho interno no es una relación basada en jerarquía normativa ni tampoco puede entenderse a partir de la fragmentación del derecho internacional. Respecto de la primera, deben abandonarse las nociones que permitieron durante muchos años afirmar que los tratados tenían rango supraconstitucional, constitucional o infraconstitucional. Hoy, el derecho internacional debe ser implementado, utilizado como derecho aplicable, por quienes tienen competencia para hacerlo en el derecho nacional. Respecto de la segunda, supondría no otorgar, *prima facie*, un valor especial solamente a las reglas de un determinado régimen autónomo del derecho internacional (es decir que el derecho ambiental sea mayor al derecho de las inversiones, o el derecho de los derechos humanos al derecho penal) sino pensar en el derecho internacional como un todo. En todo caso, debe buscarse explotar al máximo los principios pro persona o pro ambiente, para resolver los casos en los que pudiera existir conflicto entre normas de distintos regímenes au-

³² Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pp. 121-146.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

tónomos. La propia Comisión de Derecho Internacional³³ insistió en la interpretación armónica o sistémica, asentada en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para resolver los conflictos entre normas internacionales que no gozan de jerarquía diferenciada.

Una tercera línea de reflexión es insistir en la transversalidad de las reglas internacionales de derechos humanos (aunque no es exclusividad de ellas, también las normas que protegen el medio ambiente pueden serlo). Dicha transversalidad pone énfasis en la importancia de cumplir tales normas por todas las autoridades del Estado y que permitiría, en todo caso, la posibilidad de implementarlas por vía legislativa, ejecutiva o incluso judicial. Por ello no sería suficiente la expedición de una ley que reparta competencias, es necesario asumir que una cultura gubernamental de protección de derechos es obligación de todas las autoridades. No debe confundirse esta vía con la negativa de la fragmentación, pues mientras esta asume que un grupo de normas son autónomas, la transversalidad supone que un grupo de normas pueden utilizarse independientemente del campo de especialización donde se encuentren, sobre todo en el ámbito nacional. De esa forma, un juez de rama administrativa puede conocer del derecho internacional, de la misma manera que un juez laboral. Es claro también que una norma de protección ambiental puede ser usada por operadores del comercio internacional o del derecho de las inversiones.

Con estas líneas se plantean, como se decía al inicio, más reflexiones teóricas para pensar sobre la creación de mecanismos de implementación de resoluciones o recomendaciones, o sobre la medición del impacto o influencia en ámbitos internos. La cercanía que las autoridades deben tener con las víctimas o sus representantes, la celeridad en el pago de indemnizaciones o en el cumplimiento total de las órdenes de reparación dictadas por el órgano jurisdiccional internacional, la disposición de un alto funcionario para acudir a un acto de disculpa pública o la coordina-

³³ Se refiere aquí a lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional en *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006.

ción para la organización de cursos a los funcionarios, o incluso a la sociedad en general, deben ser vistas entonces bajo el lente de una nueva relación entre derecho nacional e internacional y en la visión óptima que contempla el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre todo, son los diálogos académicos entre pares, con autoridades y con la sociedad, los que confirmarán o mejorarán nuestros esquemas de comprensión y protección de derechos a partir del derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Keneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en KU, Charlotte y DIEHL, Paul (eds.), *International Law. Classic and contemporary readings*, 2a ed., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2003.
- AGO, Roberto, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y de hoy”, Rama-Montaldo, Manuel, *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, “El diálogo judicial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: revisión desde el *ius commune* y la Contradicción de Tesis 293/2011”, en CABALLERO, José Luis et al. (coords.), *Los derechos político electorales en Michoacán. Dimensión internacional, constitucional y local*, México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli Editore, 1995.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2014.

Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional...

- GOLDMANN, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2012, 25.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Derecho. Obras 7*, México, El Colegio Nacional, 2001.
- KOH, Harold, “Transnational legal process”, *Nebraska Law Review*, núm. 75, 1996.
- KOSKENNIEMI, Martí, *From apology to utopia. The Structure of International Legal Argument*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “La Constitución y los tratados internacionales”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “La doble estatalidad abierta y la tutela de los derechos en el constitucionalismo suramericano de la integración”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2012.
- PANUCCIO, Vincenzo, *La fantasia nel diritto*, Milán, Giuffrè, 1994.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, “¿Dónde pongo lo hallado? La enseñanza del derecho entre la teoría, la dogmática y la argumentación”, en ESTRADA ADÁN, Guillermo E. y REYES DÍAZ, Carlos H. (coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*, México, Porrúa, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.
- SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- TREVES, Tullio, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milán, Giuffrè, 2005.