

CLAVES PARA LEER EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SEDE NACIONAL

Guillermo E. Estrada Adán*

RESUMEN

El 10 de junio de 2011, con la reforma en derechos humanos, distintas partes de la Constitución se rehicieron para ofrecer nuevos horizontes hasta ese momento tímidamente dibujados. El presente texto destaca algunas de las pautas o claves que delinean el renovado papel adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el sistema jurídico mexicano. Esta revisión, que se realiza en tres claves, busca confirmar que, aunque la institucionalización normativa del discurso de los derechos humanos constituye por sí misma un logro parcial, diez años después su verdadera aplicación es todavía un reto que trasciende las leyes. En primer lugar, se hace un repaso para entender de qué modo la reforma al modelo jurídico mexicano constituye una vuelta al humanismo más puro del derecho internacional. Luego, se analiza el papel del DIDH en la era de la financiarización y del pluralismo normativo, en el marco de regímenes del derecho internacional orientados a fortalecer el mercado global. Posteriormente, se aborda el DIDH y el papel de México en la comunidad internacional, para entender este conjunto de normas como una herramienta idónea para pensar en la solidaridad y en la actuación conjunta en el escenario internacional a partir de los derechos de las personas. Por último, se presentan reflexiones acerca de los alcances y retos de esta reforma constitucional.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho UNAM. Agradezco los pertinentes comentarios de Pablo Almuli a la primera versión del texto. guillermo.estrada@unam.mx

I. INTRODUCCIÓN

Amalia Iglesias recuerda, en las primeras páginas de *La mañana descalza*, que la etimología, a veces, da pistas esclarecedoras.¹ Indaguemos entonces: según la Real Academia Española de la Lengua, reformar (del latín *reformāre*) significa, entre otras acepciones, “modificar algo por lo general con la intención de mejorarlo”. Reformar es rehacer, volver a formar, modificar a partir de la innovación; supone, a su vez, una alteración del estado de cosas a partir de algo nuevo, distinto, percibido o usado por primera vez. El 10 de junio de 2011, con la reforma en derechos humanos, distintas partes del texto constitucional se rehicieron para ofrecer otros horizontes hasta ese momento tímidamente dibujados. De entre todas las alteraciones a un particular esquema de entender las reglas de derecho y su aplicación, en este trabajo se destacan solamente algunas de las pautas o claves que delinean el renovado papel adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el sistema jurídico mexicano.²

En *La política del derecho internacional*, Martti Koskeniemi asegura que “aunque la retórica de los derechos humanos ha tenido históricamente un efecto positivo y liberador en las sociedades, una vez que los derechos se institucionalizan como una parte central de la cultura política y administrativa pierden su efecto transformador y se petrifican en paradigmas legalistas que marginan valores e intereses”.³ Quizá no le falte razón, pero vale la pena intentar el contraargumento: como si de una obra dramática se tratara, algunas líneas del libreto del derecho internacional de los derechos humanos en México podrían leerse según las siguientes claves: 1) como herencia del más puro humanismo del derecho internacional; 2) como discurso contrahegemónico o fiel de la balanza, si se quiere, frente al acecho de regímenes del derecho internacional orientados a fortalecer el

¹ Vallejo, Irene y Ramón, Inés, *La mañana descalza*, “Introducción” de Amalia Iglesias, Zaragoza, Olifante, 2018, p. 11.

² Vale advertir de inmediato que por derecho internacional de los derechos humanos no se entiende, solamente, la inclusión literal en la Constitución mexicana de *los derechos humanos consagrados en tratados de los que el Estado mexicano sea parte* y la obligación de interpretar las normas de derechos humanos de conformidad con los tratados de la materia, pues debe ser efectiva en todas aquellas otras instituciones que, incluidas o no con claridad en el texto constitucional, hoy se atribuyen a la reforma de 2011. Destacan, por ejemplo, el control de convencionalidad, control difuso de constitucionalidad, parámetro de control de regularidad constitucional, obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —cuando México no es parte de la controversia—, en clave de colaboración con la jurisprudencia mexicana. Todavía, no obstante, quedan fuera algunas otras instituciones del mismo derecho internacional de los derechos humanos, como las decisiones de órganos de tratados, universales o regionales, que no producen derecho según la concepción clásica, el *ius cogens* o el derecho consuetudinario de los derechos humanos.

³ Koskeniemi, Martti, *La política del derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2020, pp. 145 y ss.

mercado global; o 3) como la posibilidad de crear una comunidad más allá de las fronteras nacionales a partir de los derechos de las personas. En el primer caso, la herencia puede verse como una influencia que se ha generado en algunos momentos del reciente discurso judicial mexicano; en los otros, aparece más como una suerte de brújula que orienta el camino de los años por venir. Con esos códigos de lectura se intenta confirmar que la vía de la institucionalización normativa del discurso de los derechos humanos constituye, por sí misma, un logro parcial; diez años después, su verdadera aplicación es todavía un reto que trasciende a las leyes.

II. CLAVE PRIMERA: SOBRE EL CURRÍCULUM DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL HUMANISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las leyes, como las palabras y las personas, tienen currículum. Aunque a veces los órganos legislativos olvidan la deliberación sesuda y abierta y nos hacen creer lo contrario, las leyes fundamentales, las que son capaces de alterar un orden establecido, no nacen de un día para otro. Al contrario, los hechos y los debates que las preceden abonan, tantas veces más lento de lo que quisiéramos y de lo que la sociedad espera, a la configuración de aquello que anhelamos como regla de derecho; tales hechos y su deliberación o asimilación trazan el camino de la *lex ferenda* a la *lex data*. Todo ese andar termina por ser una suerte de hoja de vida de las leyes y establece, al mismo tiempo, el marco por el cual pueden y deben funcionar, así como los límites de su operación. En otras palabras, al conocer la historia de las reglas de derecho podemos evaluarlas según el objetivo por el que fueron creadas, de la misma manera que estaríamos impedidos para reclamarles algo que sencillamente no pueden otorgar. Suele ser esta una contradicción permanente en el discurso jurídico de los derechos humanos: su origen es tan potente como mecanismo de liberación, pero al mismo tiempo contiene limitaciones propias del discurso del derecho.

Desde la perspectiva del derecho internacional, la expresión “derechos humanos”, que terminó por superar la de “garantías individuales” en el texto constitucional mexicano,⁴ está anclada a una visión del mundo marcado por la segunda posguerra del siglo XX. Heredó, a su vez, la base de un discurso construido como límite al poder soberano, según se puede indagar en la tradición liberal francesa, y la transformó en una barrera que impide, o debería impedir, al Estado, al

⁴ Una postura tradicional de las garantías individuales las describe como relaciones de supra a subordinación entre el Estado y sus gobernados. Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30 ed., México, Porrúa, 1998, pp. 155 y ss. El propio Burgoa menciona las posiciones de Fix Zamudio o de Noriega Cantú como distintas a la suya.

soberano de la comunidad internacional, cometer violaciones de la dignidad de las personas.

En *Calle Este-Oeste*, Philippe Sands, al desvelar los vínculos entre las historias de vida y académicas de quienes en los juicios de Núremberg pugnaron por incluir tanto los crímenes en contra de la humanidad como el genocidio, señala que el derecho internacional hasta ese momento estaba asentado en una idea de soberanía traducida en el derecho de un Estado a hacer lo que le placiese, incluso si hubiera que matar a las personas que habitaban en sus territorios. Afirma Sands: “Soberanía significaba soberanía, total y absoluta”.⁵ En ese contexto, las novedosas ideas de Rafael Lemkin y Hersch Lauterpacht tenían la intención de impedir que los Estados tuvieran la libertad de “tratar a sus ciudadanos como quisieran”.

Sorprende que, ya bien entrado el siglo XX, el derecho internacional no se hubiera ocupado de construir normas que protegieran a las personas de los abusivos actos estatales. Por ejemplo, el que después se ha denominado como genocidio armenio transcurrió sin tener reglas jurídicas capaces de regular y sancionar esos actos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) –y, más tarde, los Pactos del 66 y los acuerdos regionales de protección de derechos– o la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), junto con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) trataron de cubrir los amplios vacíos de un derecho que hasta ese momento se había ocupado, casi con exclusividad, de las relaciones interestatales.

Debemos a Lauterpacht, nacido en territorio todavía perteneciente al Imperio Austrohúngaro y víctima, con su familia, de discriminación por su origen judío, la primera factura de un documento pretendidamente internacional que reuniera un catálogo de derechos humanos, con capacidad de generar obligaciones jurídicas para los Estados. A diferencia de documentos previos, como la Declaración de Derechos del Hombre, adoptada en 1929 por el Instituto de Derecho Internacional, e incluso de la posterior Declaración de 1948, Lauterpacht propuso en 1945, en el texto *An International Bill of the Rights of Man*,⁶ un tratado internacional vinculante, en el que el individuo y sus derechos serían la columna vertebral del documento. Había sido tal su empeño en lograr un acuerdo vinculante que a menudo se le recuerda por su posición crítica de la Declaración

⁵ Sands, Philippe, *Calle Este-Oeste*, 2 ed., Barcelona, Anagrama, 2018, pp. 121, 213, 255.

⁶ Lauterpacht, Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013, pp. 9 y ss.

Universal, que en todo caso llegaría a la obligatoriedad mediante la costumbre, pero no como acuerdo estatal.⁷

Escribe el profesor de Cambridge que en el esquema de la soberanía estatal, como pilar del derecho internacional, el Estado no puede ser más un fin en sí mismo, sino el garante del bienestar de las personas.⁸ El giro más importante del derecho internacional en el siglo XX consiste en ubicar al individuo en el centro con sus derechos y las respectivas obligaciones estatales. Gracias a esta visión, el derecho internacional ofrece desde ese momento una manera de vencer la irracionalidad del totalitarismo⁹ al tiempo que recupera la dignidad humana como una noción clave en el discurso jurídico.¹⁰

De esa concepción se nutre la reforma al artículo 1o. constitucional mexicano, ya sea cuando contempla los derechos consagrados en tratados (no solamente los tratados de derechos humanos), cuando propone una interpretación conforme de tratados de la materia o cuando consagra obligaciones genéricas o deberes específicos para las autoridades. La alteración, como reforma del modelo jurídico mexicano, es de tal magnitud que constituye una vuelta al humanismo más puro del derecho internacional.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación adopta decisiones que garantizan una educación inclusiva, frente al modelo asistencialista de la educación especial, para personas con discapacidad, ubica a la persona en el centro de la protección y recupera, del DIDH, la importancia de una educación que desarrolle plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima. Adoptar este modelo es también enfatizar la educación como un proceso colectivo, sin diferencias ni segregaciones. La antesala de sociedades inclusivas es, justamente, una educación inclusiva.¹¹

⁷ Mary Ann Glendon apunta: "Hersch Lauterpacht, quien comentó con desprecio que 'la Declaración no es en sí misma un logro de entidad [...] no tiene fuerza legal, y probablemente sólo una insignificante autoridad moral'", en *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011, p. 329. Por otro lado, puede leerse, en el propio Lauterpacht: "The present draft of the International Bill of the Rights of Man is based on the assumption that it will be adopted, not as a mere declaration of international policy embodying a statement of principles, but as an instrument creating legal rights and obligations". *Op. cit.*, p. 169.

⁸ Lauterpacht, *ibidem*, p. 50.

⁹ Koskenniemi, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1890-1960*, Buenos Aires, Universidad Complutense - Ciudad Argentina, 2005, p. 342.

¹⁰ Cfr. Kolb, Robert, "Hersch Lauterpacht and Human Dignity", en Gattini, Andrea, Garciandia, Rosana y Wedd Philippa (eds.), *Human Dignity and International Law*, Boston, Brill-Nijhoff, 2021, pp. 15 y ss.

¹¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo en Revisión 714/2017, ponente: Alberto Pérez Dayán, pp. 25, 28-30.

En el Amparo Directo en Revisión 496/2014,¹² con tino, la Segunda Sala del tribunal constitucional reconoce que, cuando una persona tiene doble nacionalidad, y una de ellas es la mexicana, no pierde su derecho humano a la asistencia consular. Gracias al texto del artículo 1o., que incluye los derechos de fuente convencional (en específico, el derecho consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) y el principio *pro persona*, se le respeta el derecho a un ser humano, en cuanto tal, con independencia de las categorías de distinción jurídica-política como la de ser nacional o extranjero. Frente a una postura poco atractiva, que supondría que los tratados ligados al viejo derecho de los legados no podrían generar derechos a las personas, sino derecho y obligaciones a los Estados, la Suprema Corte ubica por encima la dignidad de las personas y le otorga a un nacional el beneficio de un extranjero. El reformado artículo 1o. constitucional, cuando abre la puerta al derecho internacional, confirma en el centro de la protección al ser humano. Esta ruta asegura, no sin escollos, un camino firme en la protección de los derechos, al menos desde el punto de vista de la estructura normativa mexicana.

III. CLAVE SEGUNDA: SOBRE EL PAPEL DEL DIDH

EN LA ERA DE LA FINANCIARIZACIÓN Y DEL PLURALISMO NORMATIVO¹³

En un texto de reciente aparición –identificado por un título provocador para la razón de ser de los juristas: *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*– Estévez Araújo describe la situación actual, con mirada económica, como el sometimiento de los Estados, las empresas no financieras y las familias a la lógica financiera.¹⁴ Una de las consecuencias es que “la actividad de los bancos y demás instituciones financieras se ha desregulado durante el proceso de globalización, es decir, han disminuido las restricciones

¹² Cfr. SCJN, Amparo Directo en Revisión 496/2014, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Afirma la Corte: “que la persona extranjera detenida sea, además, mexicana es irrelevante para el reconocimiento del derecho humano que le corresponde de conformidad con el artículo 1o. constitucional. Para esta Sala es claro que quien cuenta con doble o múltiple nacionalidad encuentra una protección no sólo como mexicano por el derecho interno, sino además como extranjero para efectos del derecho a notificación, contacto y asistencia consular, de conformidad con la norma referida y el principio *pro persona*”, párr. 78.

¹³ El vocablo *financiarización* no está reconocido por la Real Academia de la Lengua. Existe, no obstante, para describir “el predominio de los intereses del capital financiero sobre los de cualquier otro agente económico y el sometimiento del Estado, las empresas no financieras y las economías familiares a la lógica financiera”. Estévez Araújo, José A., “Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal”, en Estévez Araújo, José A., (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, p. 31.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 30 y ss.

que les imponía la ley y se han relajado o vuelto inoperantes los mecanismos de control de su actividad”. Es el mercado de divisas, y ya no el intercambio de bienes y servicios, lo que predomina en el mundo desde el punto de vista de la capacidad de movimiento de capitales.¹⁵ Un área que suele pagar con sobreprecio las facturas de ese sometimiento es el ya de por sí frágil discurso de los derechos humanos, particularmente los sociales: vivienda, salud, trabajo. Por ejemplo, la crisis financiera que incidió directamente en el mercado inmobiliario en España en años recientes produjo una avalancha de casos sobre el derecho a la vivienda que ya tuvo oportunidad de conocer el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A este fenómeno se suma el auge y desarrollo del derecho internacional de las inversiones en los últimos años, el cual, si bien se puede encontrar en cláusulas exclusivas de los acuerdos comerciales, también aparece en cientos de tratados bilaterales que protegen la inversión. Resulta fácil advertir que el objetivo de tal regulación es la protección de los intereses de los inversionistas de, por ejemplo, una eventual acción estatal que pueda ser considerada como expropiación. Suele decirse que por este derecho los extranjeros suelen tener mejor protección que los nacionales, entre otras razones porque se crean mecanismos internacionales jurisdiccionales que suelen estar a favor de los propios inversionistas.¹⁶

Linarelli, Salomon y Sornorajah, en *The misery of international law*, evidencian cómo el derecho financiero, económico y de las inversiones ha hecho más grande la brecha de desigualdad ya existente desde hace siglos y cómo los ricos se han vuelto más ricos gracias a los aparatos legales que construyen los Estados, pero también a los actores no estatales con tanto o más poder que ellos. Los derechos que se ocupan de la economía global están más interesados en servir a sus propios intereses, perfectamente identificados en los contextos que obedecen a su nacimiento: “the global economy functions in a manner that imposes needless risk on the wider international society and on those least likely to benefit, wealth creation happens by making the rich richer”.¹⁷ El derecho internacional es un derecho de reacción a contextos determinados, con intereses específicos. En ese contexto, el DIDH está posicionado, casi naturalmente, para ser un discurso en

¹⁵ Las cifras que José Estévez recupera de *Triennial Central Bank Survey* y del *Examen estadístico del comercio mundial* de la Organización Mundial del Comercio (OMC), muestran que, para 2019, el mercado de divisas movió el mismo dinero en cuatro días de lo que haría en un año el comercio mundial. *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ Cfr. Sweetland Edwards, Haley, *Shadow courts: the tribunals that rule global trade*, Nueva York, Columbia Global Reports, 2016.

¹⁷ Linarelli, John, Salomon Margot E. y Sornorajah M., *The misery of International Law. Confrontations with injustice in the global economy*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018, p. 226

contra de las posiciones dominantes y, en su propuesta, debe tener un rol mucho más activo; de no hacerlo, el peligro es que adquiera un discurso legitimador del otro derecho.

El DIDH también obedece a sus propias misiones y objetivos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal neutral, pues su agenda interpretativa-normativa y política es la de proteger los derechos humanos de las personas en la región. Con insistencia, el tribunal interamericano ha ofrecido razones que le permiten salirse de las reglas del derecho internacional general para ofrecer una distinta interpretación. Una de esas razones, al decir del propio tribunal, suele ser la especificidad de los tratados de derechos humanos, “por lo que la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el ‘mejor ángulo’ para la protección de la persona”.¹⁸ Sin que exista una metodología o una propuesta para identificar esos valores, que, por otro lado, suponen una construcción colectiva.

Más allá de que siempre puede analizarse el papel de la Corte IDH y someter a evaluación sus razones para decidir de uno o de otro modo, lo que demuestra es que el derecho internacional suele trabajar de forma separada, como si fueran compartimentos estancos de un propio recinto. Si buscamos un protagonismo real del DIDH, no podemos seguir pensando que sea un régimen exclusivamente autorreferencial, sino uno que pueda dialogar, decididamente, con otros regímenes del derecho internacional.

El derecho internacional público contemporáneo asiste, pues, a una transformación en distintas vías. En el sistema de fuentes del derecho, recibe mensajes claros sobre la pérdida del valor de la voluntad estatal individualizada, y adquieren peso considerable las posiciones universalistas, las colectivas, que pueden sobreponerse incluso a las negativas de otros Estados (*ius cogens, persistent objector*). Existe también una tendencia clara a que participen actores no estatales, incluidas las empresas, en el diseño de reglas de derecho –o, incluso, de reglas no jurídicas que terminan por regular conductas estatales–. Nociones como derecho global¹⁹

¹⁸ Corte IDH, “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos”. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26, párr. 51. Una reproducción anterior puede encontrarse en Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205, párr. 33.

¹⁹ Véase, por ejemplo, Walker, Neil, *Intimations of global law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, pp. 1-54.

o redes y organizaciones regulatorias transgubernamentales,²⁰ sin olvidar la fuerza de posiciones anteriormente consideradas como *soft law* —mientras en México cada vez aparecen con mayor frecuencia en el foro las referencias, a veces sin rigor, a documentos que en principio no son obligatorios—,²¹ ofrecen estructuras que buscan solucionar problemas más o menos comunes. Las organizaciones transnacionales regulatorias desarrollan marcos normativos que, sin ser vinculantes, sí marcan pautas para la conducta de los Estados; conviven, además, con organizaciones internacionales de tipo clásico.

En tal escenario, bien se puede pensar en un diálogo entre actores con distinto poder de actuación y decisión, pero interesados en el fenómeno internacional. El DIDH, si busca un lugar protagónico, tendría que ser quien modere la discusión a través del ofrecimiento de conceptos y soluciones.

Cuando se piensa en préstamos o usos conceptuales que nacieron en un contexto, pero pueden servir para resolver otro distinto, destacan, en jurisprudencia internacional, al menos dos casos donde en el centro de las disputas se desarrollaron nociones propias del DIDH y de otros derechos, que apelan más a valores colectivos que a la técnica propia de los juristas. El tribunal arbitral, presidido por el profesor Bernardini,²² que resolvió la disputa entre la empresa tabacalera Philip Morris y Uruguay, marcó un camino por andar al resolver a favor del Estado a partir de una noción construida y ampliamente utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el margen de apreciación estatal; en el caso, el argumento es aplicable a las agencias nacionales de regulación. El alegato de la empresa tabacalera²³ intentaba fragmentar el derecho internacional al suponer que ese era una

²⁰ Bonet Pérez, Jordi, "Transformaciones contemporáneas del derecho internacional público", en Estévez Araújo, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

²¹ Como ejemplo véase el proyecto presentado por el ministro González Alcantará Carrancá al Amparo en Revisión 636/2019, no aprobado por la mayoría, pero interesante en las consideraciones sobre *soft law*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 636/2019, ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, párr. 52 y ss.

²² Destaca, además, que el árbitro designado por el Estado uruguayo, el demandado en el caso, fuera James Crawford, profesor de derecho internacional en Cambridge, antiguo miembro de la Comisión de Derecho Internacional, célebre por heredar (entre otros, de Ago y Riphagen) y culminar la relatoría sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Además, parte del equipo del demandado era el profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale, Harold Koh, quien ha destacado también por su trabajo relacionado en temas de derechos humanos. *Cfr.* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay", Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016, p. ii y párr. 18.

²³ "Según las demandantes, el 'margen de apreciación' no se aplica en el presente procedimiento ya que es un concepto aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos para interpretar la redacción específica del Artículo 1 del Protocolo del Convenio, no de una disposición análoga perteneciente al TBI", CIADI, *cit.*, párr. 398.

institución propia del régimen de derechos humanos y no del de inversiones. El tribunal ensayó con éxito la construcción de puentes entre regímenes bien establecidos del derecho internacional, cuando afirmó que el margen de apreciación no se circunscribe al ámbito de la protección territorial europea, sino en casos donde un Estado guarda una facultad de revisión o de policía en temas de interés colectivo, como la salud pública.

En el informe “Comunidades europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas”,²⁴ el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio revisó el régimen de la Unión Europea para las focas, que establece en específico normas concernientes a la comercialización de productos derivados de dichos animales. En el preámbulo del Reglamento 1007/2009 del Parlamento y del Consejo de Europa, se lee, por ejemplo: “las focas son seres sensibles que pueden experimentar dolor, angustia, miedo y otras formas de sufrimiento” y, en el párrafo 4: “la caza de focas ha generado muestras de gran preocupación entre los ciudadanos y los Gobiernos, sensibles a las consideraciones del bienestar de los animales”.²⁵ Por tanto, la preocupación de las personas relativa al bienestar de los animales, dice el órgano jurisdiccional, está ligada a la existencia de criterios de lo bueno y lo malo en la Unión Europea; tales preocupaciones corresponden a una discusión sobre moral pública y, por lo tanto, las medidas se pueden acreditar como objetivo legítimo en términos de los acuerdos comerciales. Vale advertir, más allá de la discusión sobre temas propiamente comerciales, la referencia a un concepto —que si bien está contemplado en normas jurídicas— apela a preocupaciones colectivas y adquiere, por tanto, una dimensión ética.²⁶

En México, cada vez con mayor frecuencia, quienes operan el derecho se enfrentan a las disyuntivas de pensar dialógicamente las normas internacionales en sede nacional. Situaciones como las producidas por el auge del mercado inmobiliario en ciudades como la capital mexicana, las relacionadas con el proyecto Tren Maya y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, la regulación

²⁴ OMC, *Comunidades Europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Informes del Órgano de Apelación, AB-2014-1, AB-2014-2, 22 de mayo de 2014, pp. 151, párr. 5.179.

²⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (CE) No. 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, L. 286/36.

²⁶ El órgano de apelación reconoce que, en este caso, el Grupo Especial aceptó la definición de moral pública tal como se había entendido en el grupo de Estados Unidos – Juegos de Azar: “normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”. OMC, *Comunidades Europeas*, cit., párr. 5.199.

de la propiedad intelectual y la salud de las personas, permitirían tener un mismo objeto de estudio visto desde distintas perspectivas jurídicas.

La Universidad Nacional Autónoma de México inició un proceso para evitar la construcción de dos torres residenciales a pocos metros de su entrada principal. Pendiente de decisión, y atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el caso pondrá en discusión una buena dosis de derecho internacional, pues han quedado incluidas normas relacionadas con la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

Si la reforma de derechos humanos lo es en el sentido de alterar una estructura establecida, entonces vale que se insista en el DIDH como una suerte de argumento contrahegemónico, de contrapeso, en el mundo de la globalización económica. No como un peldaño jerárquico más –para lo que haría falta mucho más construcción, diálogo y argumentos–, sino para ofrecer soluciones mediadas, donde sea la persona la que se ubique como centro de la discusión.

Ni jerarquía absoluta ni negación de la globalización, pues el propio discurso de los derechos humanos es global o, al menos, pretendidamente global –en el sentido de alcanzar la mayoría de los territorios del mundo–. Se trata, sobre todo, de construir soluciones compartidas –pues no valen aquí los discursos que engrandecen los nacionalismos, ni siquiera en caso de explotación de recursos– y de pensar en perspectiva global. Frente a la desregulación de ciertos aspectos de la vida humana que desembocan en la fragilidad de los derechos, vale pensar en un DIDH que sopesa los intereses comunes y pugne por su aplicación. No es, tampoco, un recurso a la jerarquía normativa internacional, que supondría una estructura determinada en la que la existencia de normas superiores e inferiores resolviera los conflictos posibles entre ellas. El derecho internacional –excepción hecha del estatus que tienen algunas normas por considerarse *ius cogens*, o de las obligaciones contraídas en la Carta de las Naciones Unidas, artículo 103– no admite criterios jerárquicos, ni por razones formales, en la medida en que, por ejemplo, no son siempre los mismos órganos quienes crean las reglas, ni por razones materiales, pues no hay todavía un mecanismo contundente que delibere sobre la existencia de los valores comunes.

Así pues, no puede darse el argumento de la jerarquía del DIDH sobre otras reglas internacionales sin antes ofrecerse razones sólidas. Sobre todo si las normas que protegen derechos humanos no gozan del privilegio de considerarse como *ius cogens*.²⁷ Lo que sí puede hacerse es evitar que las normas de derechos humanos

²⁷ Que las normas de derechos humanos sean consideradas *ius cogens* pertenece más al mundo de la *lex ferenda* que al de la *lex lata*. El *ius cogens* no surge por la afirmación de los juristas,

dialoguen solo entre ellas. La apertura al DIDH lograda en 2011 será también una manera de conseguir la internormatividad del ordenamiento jurídico.²⁸

IV. CLAVE TERCERA: SOBRE EL DIDH Y EL PAPEL DE MÉXICO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Al desarrollar un auténtico manifiesto por la lectura, Irene Vallejo construye una frase que vale recuperar: “en un mundo narcisista y ególatra, lo mejor que le puede pasar a uno es ser todos”,²⁹ y agrega: “la cualidad de sumergirse en el lugar del otro y bucear en aguas distantes no solo enriquece nuestra intimidad, sino nuestra vida privada, la convivencia cotidiana, las habilidades sociales que desplegamos, y expande sus beneficios hasta la política internacional”. La pandemia producida por el Sars-Cov-2, que mantuvo a la población mundial (aquella que podía hacerlo) recluida en sus casas durante una buena cantidad de meses entre 2020 y 2021, demostró que, además de las ausencias normativas en la gobernanza global sanitaria, hace falta una buena dosis de solidaridad, no solamente con nuestro barrio y ciudad sino con el mundo entero.³⁰

La noción de comunidad internacional aparece otra vez para demostrar que las fronteras territoriales, los nacionalismos, deben ceder su lugar a un decidido discurso de intereses comunes. Por primera vez en mucho tiempo, afirma Slavoj Žižek no sin ironía, la calamidad de la pandemia no puede ser atribuida a los inmigrantes y refugiados, argumento funcional en una sociedad que con frecuencia ve en el Otro oriental el origen de la amenaza al *statu quo* de occidente. Lo que sí ha demostrado la pandemia es una profunda necesidad de cooperación global: “quizá se propague y con suerte nos infecte otro virus ideológico mucho más beneficioso: el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad

aun cuando sea dicha con vehemencia. No se trata de actos de habla con efectos performativos. Para esta posición, se siguen sendos estudios de la Comisión de Derecho Internacional: 1) *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; 2) *Informe 2019*, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/74/10. Por último, para una sesión crítica sobre el *ius cogens* en la jurisprudencia interamericana, puede verse: Estrada Adán, Guillermo E., “La Corte y las normas del *ius cogens*”, en Astudillo, César y García Ramírez, Sergio (coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1069 y ss.

²⁸ Cfr. Bonet Pérez, *op. cit.*, p. 256 y ss.

²⁹ Vallejo, Irene, *Manifiesto por la lectura*, Madrid, Siruela, 2020, pp. 22-24.

³⁰ Cfr. Giordano, Paolo, *En tiempos de contagio*, Barcelona, Salamandra, 2020, p. 39.

que vaya más allá del Estado-nación, una sociedad que se actualice en forma de solidaridad”.³¹

Sobre esto se presenta la tercera clave para leer el papel del DIDH en México: la apertura al exterior como una forma de construir comunidad a partir de la protección de los derechos. Joseph Weiler afirma que el hito de la comunidad es apropiarse o definir bienes comunes, que bien pueden ser materiales, funcionales o espirituales. En estos últimos ubica los derechos humanos y los caracteriza como espacios donde los Estados no pueden más ejercer su soberanía exclusiva.³²

La reforma de 2011 le proporcionó a México las herramientas constitucionales necesarias para abrirse al exterior, en el marco de la protección de los derechos humanos. El artículo 89, que desarrolla las facultades del presidente de la república, también se reformó para incluir la protección de los derechos humanos como principio de la política exterior. El renovado artículo 1o., junto con el 89 –y hay quien incluye todavía el 133– hacen que México mire al exterior bien asentado en el discurso de los derechos. La situación se dice más fácil de como realmente opera o debiera operar.

Alejandro Rodiles sostiene que habría al menos dos maneras de entender la emergencia de un derecho común para América Latina: el neoconstitucionalismo y el *ius constitutionale commune americanum*.³³ En ambos, México ha tenido y tiene un papel de importancia, por el liderazgo de su gobierno, por la potencia y presencia de su academia jurídica, por las personas que han ocupado ciertas posiciones en los órganos regionales de protección de derechos humanos, por el papel que la sociedad civil ha tenido en el desarrollo del sistema interamericano, particularmente abogadas y abogados actores fundamentales en distintos casos ya resueltos, incluso cuando México no es demandado. El neoconstitucionalismo está definido por el rol que los derechos humanos asumen en los textos constitucionales. México llegó claramente a este modelo a partir de la reforma de 2011. En cuanto a la segunda manera, está mucho más determinada por la influencia académica del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, que mira las funciones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de

³¹ Žižek, Slavoj, *Pandemia. La covid -19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020, pp. 41, 45-46.

³² Cfr. Weiler, J. H. H., “La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, num. 46, mayo-agosto de 2020, p. 17 [“The geology of international law –Governance, democracy and legitimacy”, *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 64, 2004, p. 556].

³³ Rodiles, Alejandro, “The law and politics of the *pro persona* principle in Latin America”, en Aust, Philipp y Nolte, Georg (eds.), *The interpretation of international law by domestic courts. Uniformity, diversity, convergence*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, pp. 156-160.

Derechos Humanos como lugares idóneos para construir estándares comunes a los Estados parte de la Convención e, incluso, a los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Se ha adoptado, incluso, el acrónimo Iccal para referirse al *Ius Constitutionale Commune en América Latina* como “un enfoque regional sobre el constitucionalismo transformador”³⁴. Frente a la exclusión o desigualdades estructurales, el Iccal apunta a un fortalecimiento de la democracia, del Estado de derecho y de los derechos humanos. Si la discusión se centra en plantearnos si las Américas y el Caribe pueden tener posiciones comunes con, o a pesar, de sus diferencias, el enfoque que se plantea no es homogeneizador.³⁵ Lo que sí busca es reflexionar sobre el papel que los órganos regionales interamericanos juegan en el escenario americano, sobre todo a partir de la protección de los derechos.

No podemos poner en discusión (no deberíamos hacerlo) la importancia de trabajar en redes estatales e incluso no estatales para abatir los problemas que nos aquejan. Por eso se ha insistido en que el discurso nacionalista, incluso el que defiende los recursos solo por el hecho de ubicarse en territorio mexicano, no es lo que se buscaba con la reforma de 2011. Al contrario, el diálogo con el exterior no solo permite la exploración de la vía jurisdiccional o del control de convencionalidad, sino que actúa como eje rector de la interacción política con una comunidad más allá de las fronteras nacionales.

Es cierto que dialogar no significa solamente citar en ejecutorias de amparo ciertos párrafos de las decisiones de la Corte IDH o de órganos de protección de tratados; es asunto, sobre todo, de incorporarlos en los razonamientos y en las decisiones. En el sitio web Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ofrece ya una sólida información sobre el tema, incluido un buscador jurídico que recupera las decisiones de los órganos regionales y de tribunales constitucionales de Estados americanos. No obstante, sigue vigente la pregunta de cómo apuntalamos la construcción de una comunidad más allá de la potencia que puede tener el discurso judicial.

Nuestros problemas, nuestros fenómenos, suelen ser también los problemas de otros, y viceversa. Las soluciones que proponamos deberán venir acompañadas

³⁴ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, en Von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, IJ-UNAM, Corte IDH-OEA, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2016, p. 71.

³⁵ *Ibidem*, p. 81.

de esa perspectiva. El DIDH es la herramienta idónea para hacerlo. Es, quizá, sin perder de vista los orígenes liberales individualistas, uno de los razonamientos mejor acabados para pensar en solidaridad y en actuación conjunta.

V. REFLEXIÓN FINAL

Cuando se modifica una Constitución suponemos que ese documento cuenta con la fuerza normativa, incluso espiritual, y con la capacidad de cambiar instituciones, sociedades, personas. A veces tal resultado no llega. Una mirada a la desigualdad de nuestra sociedad, a los índices de pobreza y de violencia en distintos niveles y frente a distintos grupos —la mayoría en situación de vulnerabilidad: infancia, mujeres, indígenas, migrantes—, junto con el aumento de las desapariciones forzadas, entre otras tantas variables, indican que el afamado éxito de la incorporación constitucional de los derechos humanos no se corresponde con la vida cotidiana de su protección. Diez años después, si nos preguntamos si la ruta de la alteración constitucional era la correcta, tendremos que confirmar que sí, que el texto constitucional es de los últimos escalones que nos quedan para regular nuestras sociedades y, gracias a ello, apelar a los valores que ponemos ahí, en forma de reglas jurídicas, para conseguir mejores escenarios. La perspectiva geológica del derecho internacional, la que propone también Weiler, supone, además, que los pisos normativos que ponemos hoy constituyen las capas geológicas donde se asentarán las instituciones de mañana.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador”, en VON BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, IJJ-UNAM, Corte IDH-OEA, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2016.
- BONET PÉREZ, Jordi, “Transformaciones contemporáneas del derecho internacional público”, en ESTÉVEZ ARAÚJO, José A. (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30 ed., México, Porrúa, 1998.
- 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.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Informe 2019*, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/74/10.
- Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento (CE) No. 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, L. 286/36. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1007&from=SV>
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José A., “Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal”, en ESTÉVEZ ARAÚJO, José A. (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas del *ius cogens*”, en ASTUDILLO, César y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coords.), por publicar.
- GIORDANO, Paolo, *En tiempos de contagio*, Barcelona, Salamandra, 2020.
- GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011.
- KOLB, Robert, “Hersch Lauterpacht and Human Dignity”, en GATTINI, Andrea, GARCÍANDIA, Rosana y WEDD, Philippa (eds.), *Human dignity and international law*, Boston, Brill-Nijhoff, 2021.
- KOSKENNIEMI, Martti, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho Internacional 1890-1960*, Buenos Aires, Universidad Complutense - Ciudad Argentina, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti, *La política del derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2020.
- LAUTERPACHT, Hersch, *An International Bill of the Rights of Man*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013.
- LINARELLI, John, SALOMON, Margot E. y SORNORAJAH M., *The misery of international law. Confrontations with injustice in the global economy*, Reino Unido, Oxford University Press, 2018.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Comunidades Europeas. Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, Informes del Órgano de Apelación, AB-2014-1, AB-2014-2, 22 de mayo de 2014.
- RODILES, Alejandro, “The law and politics of the *pro persona* principle in Latin America”, en AUST, Philipp y NOLTE, Georg (eds.), *The interpretation of international law by domestic courts. Uniformity, diversity, convergence*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.
- SANDS, Philippe, *Calle Este-Oeste*, 2 ed., Barcelona, Anagrama, 2018.
- SWEETLAND EDWARDS, Haley, *Shadow courts: the tribunals that rule global trade*, Nueva York, Columbia Global Reports, 2016.

- VALLEJO, Irene y RAMÓN, Inés, *La mañana descalza*, Introducción de Amalia Iglesias, Zaragoza, Olifante, 2018.
- VALLEJO, Irene, *Manifiesto por la lectura*, Madrid, Siruela, 2020.
- WALKER, Neil, *Intimations of global law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015.
- WEILER, J. H. H., “La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, num. 46, mayo-agosto de 2020.
- WEILER, J. H. H., “The geology of international law –Governance, democracy and legitimacy”, *Heidelberg Journal of International Law*, núm. 64, 2004.
- ŽIŽEK, Slavoj, *Pandemia. La covid -19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020.

Jurisprudencia

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (Ciadi), “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay”, Caso Ciadi No. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, Serie A, No. 26.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Amparo Directo en Revisión 496/2014, ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.
- SCJN, Amparo en Revisión 636/2019, ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-07/AR-636-2019-200716.pdf
- SCJN, Amparo en Revisión 714/2017, ponente: Alberto Pérez Dayán.