

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

JUDICIAL DISCRETIONALITY AND THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS

Guillermo Enrique ESTRADA ADÁN*

RESUMEN: A partir del análisis de casos asentados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, el autor sugiere que los jueces internacionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad. Dentro del estudio de la argumentación jurídica, la interpretación de las normas internacionales, principalmente de las normas de derechos humanos, propicia el espacio en el que los jueces pueden moverse con cierta libertad siempre que justifiquen jurídicamente sus movimientos. Ello no sucede con el rigor necesario, de ahí deba voltearse a las herramientas propias de la teoría del derecho para exigir su uso en las decisiones judiciales internacionales.

ABSTRACT: As a result of the analysis of cases provided in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties adopted in 1969, the author suggests that international judges have a wide margin of appreciation. Within the study of legal argumentation, the interpretation of international laws, mainly human rights treaties, encourages the judges to perform with certain freedom whenever the legally justify their performance. However, the above mentioned is not applied with the necessary accuracy; therefore it is required to work along with the contribution of the legal theory in order to demand its use in the international judicial judgements.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad jurídica, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho de los tratados, interpretación jurídica, argumentación jurídica.

KEYWORDS: Judicial Discretionality, International Law of Human Rights, Law of Treaties, Legal Interpretation, Legal Argumentation.

* Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La discrecionalidad judicial en los foros internacionales*. III. *Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como límites a la discrecionalidad judicial internacional*. IV. *La libertad religiosa y la Corte Europea de Derechos Humanos. Del Leyla Sahín al Lautsi*. V. *La discrecionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una referencia a la Opinión Consultiva no. 20 y al caso Radilla Pacheco vs. México*. VI. *A manera de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Existe la buena práctica en los teóricos analíticos del derecho de perfilar y determinar el significado de un concepto antes de continuar con su desarrollo, crítica, o cualquier otro acto de conocimiento sobre él. Por ahora, utilizaremos la introducción de este trabajo para establecer el punto de partida y determinar por qué hablamos de discrecionalidad judicial, en sede internacional y, además, de derechos humanos.

En principio, se sabe que el Derecho internacional actual ha sido fortalecido, y en muchos casos creado, por la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. De ahí que se puedan elaborar ejercicios académicos, como el propuesto en este trabajo, donde se combinen por un lado, los criterios judiciales internacionales, y por el otro, la discrecionalidad judicial dentro de la argumentación del derecho, como un tema que ha mantenido ocupada a buena parte de los juristas a partir, más o menos, de la segunda mitad del siglo pasado.¹ Desde la óptica del derecho internacional, el inicio del estudio será la referencia a tres criterios importantes de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, aún cuando el desarrollo posterior se hará con base en criterios de cortes regionales de derechos humanos. Este procedimiento metodológico puede justificarse a partir de los siguientes argumentos: 1) la discrecionalidad en la argumentación sobre normas que contienen derechos humanos resulta más ejemplificativa de lo que pretendemos decir, que hacerlo con el material del órgano jurisdiccional de la ONU; 2) sin embargo, el caso Canal de Corfú, el caso Teherán y el caso del genocidio serbio, sirven como punto de reflexión sobre un tema mucho más general que la propia argumentación sobre derechos, pues incluirían temas de distinta índole en

¹ Han sido sobre todo los constitucionalistas quienes han hecho el cruce entre las aportaciones de los teóricos y el propio Derecho constitucional. *Cfr.* ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo a los casos trágicos”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2005, pp. 187 y ss.

donde se advierte la insuficiencia del Derecho internacional positivo para solucionar una controversia; 3) por último, la razón geográfica es fundamental; es decir, iniciamos con casos de conocimiento universal, y luego analizamos aquellos que tienen solamente trascendencia continental, en tanto son resueltos por cortes regionales. Pero un trabajo posterior podrá incluir la dirección inversa hasta que el análisis alcance a los casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia.

En efecto, las sentencias “Corfú”, “Teherán” y “Genocidio” pueden provocar sensaciones parecidas: o que el órgano jurisdiccional no alcanzó la extensión deseada en la apreciación de los hechos y del derecho aplicable, o que elaboró ficciones jurídicas para justificar su fallo. Por ejemplo, en el caso *Canal de Corfú*, el hecho de que la Corte haya reparado la violación a la soberanía territorial de Albania con la declaratoria de violación y la emisión de la sentencia,² sin exigir, quizá como algunos lo han propuesto, una disculpa pública del que ya era miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, puede significar que la Corte fue cauta, pues por otro lado, el daño producido a los buques ingleses fue reparado, efectivamente, con 843,947 libras esterlinas;³ luego, en el *Caso relativo al personal diplomático de los Estados Unidos de América en Teherán, Irán*, la Corte sostuvo que los militantes iraníes, quienes habían ingresado a la embajada estadounidense y tomado como rehenes al personal diplomático, se convirtieron en agentes del Estado a través de una ficción jurídica,⁴ y por tal motivo, produjeron responsabilidad internacional para el Estado iraní;⁵ por último, en una sentencia de febrero de 2007, la Corte constata que hay genocidio, al menos en Srebrenica, pero luego afirma que no puede satisfacerse el *test* del control efectivo (ya aplicado en el caso de *Actividades militares y pa-*

²“This declaration is in accordance with the request made by Albania through her Counsel, and is in itself appropriate satisfaction”. *The Channel Corfu Case*, Judgment of April 9th 1949, I. C. J. Reports 1949, p. 35. Ver también, sobre la reparación del daño moral, IOVANE, Massimo, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milán, Giuffrè editore, 1990, pp. 147 y ss.

³Cfr. *The Channel Corfu Case (assessment of the amount of compensation due from the people's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Judgment of December 15th, I. C. J. Reports 1949, p. 10.

⁴Los teóricos del derecho, en efecto, han advertido la presencia de ficciones en el lenguaje jurídico. Finalmente, el lenguaje en el que está expresado el Derecho crea conceptos que sólo habitan en él. En este punto, el derecho camina cercano a la teología; incluso, el derecho internacional. Cfr. KELSEN, Hans, *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, México, Fontamara, 2003, pp. 17 y ss.

⁵Cfr. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, pp. 30 y ss.

ramilitares en Nicaragua)⁶ y, por tanto, no puede atribuir el acto genocida al Estado serbio.⁷ Esto último significó que si bien existió el genocidio, no puede atribuirse como una conducta estatal y, por consecuencia, producir responsabilidad internacional.

Con estos tres ejemplos –presentados, si se quiere, arbitrariamente–, puede evidenciarse la existencia de una zona donde el derecho aplicable a una controversia, no alcanza a ser suficiente para decidirla, y por tanto, requiere, de los jueces internacionales, una argumentación, o interpretación, o incluso la creación de normas necesarias para la solución de la disputa.⁸ Este espacio de razonamiento jurídico permitirá vincular al Derecho internacional con la teoría del Derecho, pues ella se ha encargado en los últimos años de revisar el papel de los jueces, precisamente, en esa zona de decisión ante la insuficiencia del derecho puesto, es decir, del derecho dado.

A manera de advertencia, vale decir que con este ejercicio, no se pretende evitar u olvidar las diferencias substanciales entre el derecho interno y el Derecho internacional. Al contrario, se trata de evidenciar aquellas etapas en las que, nos parece, son claramente semejantes, pues ambos son derechos, ambos lenguajes; luego, manipulables, corruptibles, etcétera.

El primer puente sugerido en este proceso de diálogo entre la teoría del derecho y la jurisprudencia internacional es analizar la función discrecional del juez como una forma de acercarse a la argumentación judicial, en sede internacional. A este fenómeno que vincula a los jueces internacionales con la argumentación judicial, sugerimos denominarle argumentación judicial internacional. Sin embargo, el tema así planteado sugiere un campo amplísimo de estudio, que podríamos acotarlo con dos elementos: por un lado, de toda la argumentación judicial internacional, sólo consideraríamos la parte discrecional del juez, mientras que de todo el material jurisprudencial existente en el Derecho internacional, sólo nos quedaríamos a guisa de ejemplo, con algunas sentencias del Derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, en realidad, hemos reducido el estudio a *la discrecionalidad judicial internacional en materia de derechos humanos*.

⁶ Cfr. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, párrs. 108 y ss.

⁷ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, párrs. 231-376.

⁸ Cfr. PELLET, Alain, “Article 38: a commentary”, en ZIMMERMANN, Andreas (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, EUA, OUP, 2006, pp. 788-790.

En primer lugar, expondremos consideraciones generales sobre la argumentación y discrecionalidad judicial aplicada al Derecho internacional; luego, revisaremos el material jurídico dado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en especial las sentencias contrastantes en materia de libertad religiosa. Por último, revisaremos el material de la Corte Interamericana, que ha sido discrecional “a la manera europea” pero con resultados latinoamericanos.

II. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LOS FOROS INTERNACIONALES

Si, efectivamente, el Derecho internacional es Derecho, entonces el Derecho internacional está expresado en un lenguaje normativo. Esta premisa constituye el presupuesto de todo el análisis que se propone; su negación haría estéril cualquier planteamiento. “Es mediante el lenguaje como se construyen los derechos y obligaciones internacionales que constituyen la expresión escrita de la voluntad y del consentimiento estatales”.⁹ Sin embargo, no proporcionaremos aquí argumentos sobre la juridicidad del Derecho internacional, ni tampoco sobre la referencia al Derecho como lenguaje.¹⁰ En cambio, suponemos que es un auténtico derecho, si bien, con algunos problemas de institucionalización, como los referidos a la ausencia del monopolio de la fuerza o a la ausencia de instituciones que determinen el nacimiento de un Estado, por sólo mencionar un par de ejemplos.¹¹ Pero vale decir aquí, que la explosión de las cortes y de los tribunales internacionales en las últimas cuatro décadas, permite decir que, al menos en la solución pacífica de controversias, puede existir una mejor institucionalización que en otros campos del Derecho internacional. Pues, como dice Dupuy, vivimos en una sociedad donde a pesar de mayor nivel de consenso entre Estados, corresponde mayor número de controversias internacionales; controversias que, en buena medida, pueden ser resueltas por los órganos jurisdiccionales.¹²

⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Romaní Carlos, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 31.

¹⁰ Para una referencia rápida sobre el lenguaje del derecho puede consultarse a TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica...*, op. cit., pp. 89 y ss.

¹¹ Cfr. AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho internacional*, Salamanca, Alianza Universidad Textos, 1994, pp. 11-19 y 61-76.

¹² Cfr. DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, 9ª ed., Francia, Dalloz, 2008, pp. 2-7. Sobre este tema ver también: RIQUELME CORTADO, Rosa. *Derecho internacional. Entre un*

Ahora bien, dentro de todo el campo de la argumentación jurídica, importa en este momento demostrar solamente la existencia de una discrecionalidad judicial.¹³ Esto quiere decir que, fuera del juez, también puede presentarse otro tipo de discrecionalidad, por ejemplo, la de los gobiernos en el momento de aceptar o no a los representantes diplomáticos de otros Estados. Ahora bien, dentro de la argumentación judicial, nos sirve sólo el material en el que un juez tiene varias soluciones correctas y jurídicamente posibles. Es este supuesto al que denominamos discrecionalidad judicial internacional; en tanto una persona, o un grupo de personas, tienen el poder de seleccionar entre dos o más alternativas.¹⁴

La discrecionalidad aludida requiere, por tanto, de controversia.¹⁵ Allá donde hay consenso entre las partes no hay discrecionalidad, pues el juez no tiene absolutamente nada que resolver; es decir, el juez es discrecional sólo cuando se sigue la idea del contradictorio internacional.¹⁶ En esa medida, la discrecionalidad judicial es capaz de resolver una controversia.

En este punto y dado el material jurídico reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente respecto de la Opinión Consultiva no. 20, resuelta en septiembre de 2009, conviene hacer un comentario de lado, pues pareciera ser que al resolver la opinión referida, la Corte sigue un procedimiento de contradictorio. Esto es, por un lado Argentina, la Comisión Interamericana y varias organizaciones no gubernamentales apuestan por la reinterpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a favor de lo que denominan paridad procesal en procesos activados bajo el sistema de peticiones individuales del propio sistema interamericano, frente a la opinión de varios Estados de la OEA, que apuntan por la práctica de la Corte respecto del nombramiento del juez *ad hoc* y de la nacionalidad de los jueces de un Estado demandado. La Corte al resolver la Opinión, dado que siguió el principio de contradictorio, fue discrecional (y quizá hasta arbitraria), aún cuando, en estricto sentido, el

orden global y fragmentado, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset, 2005, pp. 303-320.

¹³ Cfr. RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2ª ed., México, Fontamara, 2002, pp. 32 y ss.

¹⁴ Cfr. BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*, Milán, Giuffrè editore, 1995, p. 16.

¹⁵ Cfr. PERELMAN, Ch., *Logica giuridica nuova retorica*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 10 y ss.

¹⁶ Para conocer la noción de disputa o controversia en Derecho internacional es recurrente el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional: "A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons", en PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, August 30th 1924, Series A, no. 2, p. 11.

procedimiento consultivo no debería resolver una controversia.¹⁷ En lo que respecta a este trabajo, y ya que las opiniones consultivas pueden llegar a ser vinculantes según la actuación de quienes las solicitan, además de que la propia Corte Interamericana modificó su reglamento dos meses después de la emisión de la Opinión no. 20, se considerará una noción de controversia en el más amplio sentido. Por esta razón y sólo desde esta visión, la discrecionalidad judicial internacional puede incluir un procedimiento consultivo.

La discrecionalidad judicial internacional, por otro lado, niega la posibilidad de una respuesta única.¹⁸ En efecto, sólo existe discrecionalidad cuando al menos dos soluciones lícitas pueden ser utilizadas. Si una de ellas es ilícita, el juez no puede utilizarla sino para enfatizar su ilicitud. Pero dos o más soluciones correctas competirán para resolver la controversia.

Esta decisión judicial “final”, puede ser absoluta o relativa.¹⁹ Es decir, puede ser sujeta a controles posteriores, por vía judicial, o incluso, por vía política, o administrativa judicial.²⁰ Sin embargo, pareciera que esa ausencia de recursos en las jurisdicciones supranacionales (no es así en el marco de la OMC donde incluso podría existir una tercera instancia, ni tampoco en el derecho penal internacional, ni en el sistema europeo de derechos humanos, o en los tribunales transnacionales) le otorga una discrecionalidad absoluta al juez internacional, no sujeta a ningún tipo de control. El criterio consagrado en el caso *Radilla Pacheco vs. México* es prueba de ello. La Corte Interamericana sostiene que, como una forma “discrecional” de reparación a la violación del artículo 2 de la Convención, el Poder Judicial mexicano (en realidad la SCJN) debe interpretar el artículo 13 constitucional con base en los criterios de la Convención Americana y de la propia sentencia (control de convencionalidad), pero también, con base en la jurisprudencia interamericana (efectos *erga omnes*) en clara confrontación con principios recogidos en el Derecho internacional general, donde las sentencias sólo

¹⁷ Sobre la finalidad de los procedimientos consultivos en órganos jurisdiccionales internacionales puede verse: AGO, Roberto, “Binding” advisory opinions of the International Court of Justice”, en *American Journal of International Law*, julio de 1991, pp. 439 y ss.; Cfr. TREVES, Tullio, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milán, Giuffrè Editore, 2005, p. 625.

¹⁸ Puede seguirse la postura de Ronald Dworkin y sus seguidores, que sostienen que hay una sola respuesta correcta para cada caso. De otra forma, no se “toman los derechos en serio”. El propio Dworkin distingue entre la discreción débil de la discreción fuerte (en esto los positivistas hablan de discrecionalidad judicial). DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 83-101.

¹⁹ Cfr. BARAK, *op. cit.*, pp. 26-28.

²⁰ Cfr. RENTERÍA, *op. cit.*, pp. 127-143, 215 y ss.

son obligatorias para las partes en el proceso y respecto del caso específico (artículo 59 del Estatuto de la CIJ). En este sentido, ¿quién puede decirle a la Corte Interamericana que su discrecionalidad puede llegar a ser arbitraria? En efecto, la discrecionalidad no significa que un juez pueda resolver cualquier circunstancia sin ningún límite; pero sí es necesario prender el foco de alerta sobre aquellas decisiones en donde la discrecionalidad absoluta de un órgano jurisdiccional atente a la seguridad procesal de las partes.

Por otro lado, el juez internacional no se limita por el precedente judicial, aun cuando ha sido resuelto por el mismo órgano jurisdiccional. En todo caso, el precedente jugará un papel fundamental dentro de esas alternativas entre las que tendrá que escoger, pero bajo ninguna circunstancia es determinante. Los propios órganos internacionales se han apartado de su propio criterio, yendo en dirección opuesta, o también, permitiendo el crecimiento del mismo. Una discrecionalidad así entendida puede mover y adaptar el Derecho internacional a una controversia específica; esto es, permitiría una flexibilidad permanente del sistema jurídico.²¹ Aún cuando estamos en una etapa en donde el Derecho internacional descansa más en los tratados que en otro tipo de normas, eso no significa que deba ser un sistema estático. Es precisamente la discrecionalidad judicial la que, dentro de los límites establecidos, permite oxigenar y crecer a los órganos y sujetos del orden internacional.

III. LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS COMO LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL INTERNACIONAL

No obstante lo anteriormente expuesto, es necesario apuntar los límites a la discrecionalidad. En efecto, si bien la discrecionalidad judicial permitiría una flexibilización del sistema jurídico, eso no significa que existe carta abierta para que los jueces puedan moverse sin fronteras. En este punto, pretendemos utilizar el marco de interpretación de los tratados internacionales, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, como un marco de discrecionalidad; como continente a la actividad discrecional del juez. Se sigue aquí la tesis que sostiene que, al ser el derecho internacional, quien lo aplica debe interpretarlo.

Son evidentes las limitaciones de los artículos 31 y 32 de la Convención: en estricto sentido sólo podrían utilizarse respecto de tratados internacio-

²¹ Cfr: MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 26-32 y 147.

nales, y que además, cumplan el criterio establecido en el artículo 2 de la propia Convención; por ejemplo, que los tratados internacionales consten por escrito. Sin embargo, para conseguir el objetivo planteado al inicio de este trabajo, sería sumamente útil referirnos a la regla de interpretación de Convención de Viena como referente de la interpretación de las normas internacionales en general.²² Si esto es así, entonces podríamos conceder que los artículos 31 y 32 referidos constituyen el marco de discrecionalidad judicial internacional.²³

Hemos dicho que la discrecionalidad judicial internacional se presenta cuando hay dos o más soluciones posibles a una controversia. Esta situación puede presentarse en la medida en que el lenguaje resulta vago, ambiguo,²⁴ abierto,²⁵ etc.; y por tanto, es necesaria la actividad de interpretación.²⁶ Es decir, no puede asignarse claramente el significado a un enunciado normativo consagrado en normas internacionales, o el significado no es claro, o no hay consenso entre quienes manejan ese lenguaje. Y la interpretación en el Derecho internacional abarca mucho más que el Derecho de los tratados, pues de la interpretación de cualesquiera normas, depende la aplicación del Derecho.²⁷

Cuando un juez interpreta, resuelve la vaguedad del lenguaje jurídico, a través del espacio que le permite ser discrecional, pero no arbitrario. En efecto, cuando un juez se encuentra frente a una controversia en donde no puede subsumir, no es absolutamente libre de hacer lo que le plazca, aun cuando efectivamente goza de una amplia autonomía y libertad para reali-

²² En el tema de la interpretación de tratados, debe verse con atención la decisión del Instituto de Derecho Internacional, y además, los comentarios de Sir Fitzmaurice, pues la Comisión de Derecho Internacional los consideró como amplias referencias. FITZMAURICE, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Reino Unido, Cambridge Grotius Publications Limited, 1986, pp. 337 y ss. Estos principios habían aparecido primero publicados en Fitzmaurice, Gerald, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4. Treaty Interpretation and Other Treaty Points", 33 *BYIL*, 1957, pp. 203 y ss.

²³ Evidentemente el artículo 33 de la misma Convención de Viena no sería de utilidad en el presente estudio, pues hace referencia solamente a textos en distintos idiomas.

²⁴ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Il diritto come linguaggio*, 2ª ed., Turín, Giappichelli editore, pp. 141-150.

²⁵ En la versión italiana de *El concepto del Derecho* de Hart, se utiliza el vocablo "struttura aperta". Cfr. HART, Herbert, *Il concetto di diritto*, Turín, Einaudi, 2002, p. 150.

²⁶ "Sans interprétation, la norme n'existerait tout simplement pas". DUBOUT, Edouard, "Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, abril de 2008, p. 284.

²⁷ Cfr. DUPUY, *op. cit.*, pp. 334 y ss.

zar su tarea.²⁸ En estos casos, la regla de interpretación de tratados marca al menos una ruta, generalmente utilizada por los órganos jurisdiccionales, para asignar significado a una norma internacional. Finalmente sirven como criterio de autoridad para la solución del caso y actualmente son aplicadas por buena parte de los órganos jurisdiccionales, incluidos aquellos órganos de regímenes autónomos, como la Organización Mundial de Comercio.²⁹

Una relectura de tales artículos indicaría que la primera regla básica es la buena fe, es decir, la continuación de la regla *pacta sunt servanda*.³⁰ Después, la asignación conforme al sentido corriente de los términos empleados (interpretación literal). Dentro de esta interpretación literal, según el propio párrafo 2:

...el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Una vez determinado el alcance del texto y del contexto la interpretación se vuelve teleológica, es decir, persigue un objeto y un fin determinados. La cuestión aquí planteada es: ¿un tratado internacional adquiere un objeto y fin, aún cuando la voluntad originaria de las partes no fue específicamente expresada de tal forma? Sobre todo en la jurisdicción internacional de derechos humanos, pareciera que los textos pactados han cobrado vida propia, y ahora pueden ir incluso en contra de la voluntad originaria de los Estados contratantes. Que esto es así, se debe, en buena medida, a la llamada inter-

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ Aquí señalamos como ejemplo el caso del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio. Véase *China. Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, 21 de diciembre de 2009, párrs. 36 y ss.; También ver: ECHR, *Demir and Baykara v. Turkey (GC)* (Application no. 34503/97), Judgment 12 november 2008, párr. 65 y ss.

³⁰ Cfr. TREVES, *op. cit.*, pp. 378-379.

pretación evolutiva y a los principios específicos en materia de derechos humanos (por ejemplo, el principio del efecto útil).³¹

Sin embargo, la propia regla de interpretación le permite al juez moverse, una vez más, discrecionalmente, pues el juez dispone de un margen de maniobra, más o menos consecuente, según el método de interpretación seleccionado.³² En efecto, la interpretación conforme al objeto y fin del tratado, le permiten al juez utilizar métodos de interpretación o fórmulas lingüísticas en donde prácticamente puede haber todo. Según la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, frases como “en una sociedad democrática”, “fin legítimo”, “necesidad imperiosa”, “medida proporcional”, “seguridad nacional”, etc., le dan un espacio inmenso de libertad al juez para decidir la controversia; y en todos ellos, se sigue una interpretación teleológica. Ahora bien, esta interpretación no es, bajo ningún sentido, unidireccional. Es decir, no siempre que se mencione la interpretación conforme al objeto y fin del tratado el resultado será el mismo, pero sí se persigue una interpretación constructiva de un determinado texto. En realidad, la práctica demuestra que bajo el objeto y fin, incluso de normas internacionales de derechos humanos, el resultado puede ser extensivo o restrictivo.

Dentro de la interpretación extensiva se entiende la propia interpretación evolutiva, que en el Derecho internacional de los derechos humanos, hace crecer el texto del tratado hasta alcanzar una actualización en el contenido de los mismos; aquí podría hablarse de un objeto y fin originario, pero también de un objeto y fin evolutivo. Esto gracias a que, bajo la postura de Alexy,³³ los derechos son mandatos de optimización, y esto significa, entre otras cosas, que los derechos se cumplen gradualmente. Si esto es así, entonces el contenido, el significado del derecho, no está nunca acabado. Pero por otro lado, debe mencionarse también la interpretación restrictiva, como la posibilidad de decidir, en muchas ocasiones a favor del Estado. Esto quiere decir, que la noción de la interpretación conforme al objeto y fin permanece

³¹ Al respecto puede revisarse el siguiente trabajo: CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, Jurídica de las Américas, 2008, pp. 17-58. También, específicamente sobre interpretación evolutiva, ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, “Los retos de la argumentación judicial en el derecho internacional de los derechos humanos”, en SERRANO MIGALLÓN, Fernando (ed.), *Homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, México, Porrúa, 2007, pp. 205 y ss.

³² Cfr. DUBOUT, Edouard, *op. cit.*, p. 384.

³³ “Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas”. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 185.

relativa,³⁴ determinada en buena medida por la óptica del juez, esto es, por el “poder normativo” del juzgador internacional.

Ahora bien, Mohammed Bedjaoui, en su Opinión Individual en *Gabčíkovo-Nagymaros*, desarrolló, sobre todo, precauciones sobre cómo debe usarse la noción de interpretación evolutiva, al afirmar claramente que la interpretación de una norma, no justifica la modificación de un tratado internacional, o la puesta en revisión de una norma. La interpretación evolutiva no puede ir más allá de aquello en el que pueda verificarse una evolución general del derecho internacional. Quien utilice este método deberá tomar en cuenta que:

- No se puede aplicar sino de acuerdo al artículo 31 de la CVDT.
- No se puede confundir la “definición” de un concepto, con el “derecho” aplicable.
- No se puede confundir la “interpretación” de un tratado con la “revisión” del mismo.³⁵

Después de dicho lo anterior podríamos ejemplificarlo a través de algunas sentencias que han sido paradigmáticas por el uso de la discrecionalidad judicial. Revisaremos de la Corte Europea de Derechos Humanos un par de casos relativos a la libertad religiosa y derecho a la instrucción, mientras que en el caso de la Corte Interamericana revisaremos la discrecionalidad en la forma de reparar una violación a una norma internacional, así como las cuestiones personales de los jueces, como la nacionalidad, y la manera en que pueden influir en ese espacio de discrecionalidad.

³⁴ “En outre, la notion même d’objet et de buts du traité est éminemment relative... La téléologie peut ainsi parfaitement être subjective”. DUBOUT, *op. cit.*, p. 368.

³⁵ “5. Prise à la lettre et isolée de son contexte, cette formule peut mener fort loin. Il faut bien veiller à prendre les précautions suivantes:

- l’«*interprétation évolutive*» ne peut s’appliquer que *dans le respect de la règle générale d’interprétation* de l’article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités;

- il ne faut pas confondre la «*définition*» d’un concept et le «*droit*» applicable à ce concept;

- il ne faut pas confondre «*interprétation*» d’un traité et «*revision*» de celui-ci”.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, CIJ Recueil 1997, Opinion individuelle de M. Bedjaoui, p. 121. También sobre no creación del Derecho bajo el rótulo de la interpretación. Cfr. WROBLEWSKI, Jerzy, “Creación del derecho e interpretación”, en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 478.

IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. DEL *LEYLA SAHİN AL LAUTSI*

En ambos casos, puede referirse el concepto “margen de apreciación estatal” como una herramienta en la argumentación judicial de los derechos humanos que propicia la discrecionalidad. Este concepto fue creado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y sin duda ha sido un argumento que, en la mayoría de los casos, constituye una defensa del Estado demandado. El hilo conductor del caso *Leyla Sahin vs. Turquía*³⁶ y el caso *Lautsi vs. Italia*³⁷ es el artículo 9 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma de 1950, que contempla la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; en el caso *Lautsi*, además, se vincula con el artículo 2 del Protocolo No. 1, del mismo Convenio, que establece el derecho a la instrucción que tienen los padres respecto de sus hijos.

En el primer caso, Leyla Sahin, de nacionalidad turca, era estudiante de la Facultad de Medicina de la Universidad de Estambul. En febrero de 1998, el Rectorado de esta Universidad dictó una circular en la que estableció que no serían admitidos en cursos ordinarios estudiantes con barba o estudiantes con velo. La señorita Leyla en algún momento no pudo presentar examen en un curso, mientras que en el curso siguiente no pudo ser inscrita. Se alegó la violación al artículo 9, libertad de conciencia y religión; artículo 8, respeto a la vida privada y familiar; y también al artículo 2 del Protocolo No. 1, entre otros. Las autoridades universitarias y el gobierno sostuvieron que tales normas beneficiaban a la comunidad musulmana, más que perjudicarla. Y entonces, llegado el asunto a la Corte Europea, debe revisarse si la restricción a la libertad religiosa cumple con los requisitos contemplados en el propio Convenio Europeo, es decir, que la restricción debe estar prescrita en la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática.

Por otro lado, la señora Lautsi, madre de dos hijos de 11 y 13 años (Daitaico y Sami Albertin), que estudian la educación básica en Abano Terme, sostiene que el Estado italiano violó su derecho a la libertad de conciencia y religión en relación con el derecho de instruir a sus hijos en cualquiera de ellas, pues el crucifijo que existe en las aulas de clase son muestra innegable

³⁶ Cfr: ECHR, *Leyla Sahin vs. Turkey*, 29 de junio de 2004, no. 44774/98.

³⁷ Tomamos primero como referencia la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Europea. Cfr. CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, (Requête no. 30814/06) Arrêt, 3 novembre 2009. Pero el Estado italiano recurrió a la Gran Sala donde ganó finalmente el caso. CEDH, *Affaire Lautsi c. Italie*, Arrêt, 18 mars 2011. De cualquier forma, la noción de margen de apreciación fue fundamental para la solución de la controversia y citaremos aquí las dos sentencias.

de la influencia católica en un Estado laico. En este caso, también la Corte Europea revisará si la medida restrictiva está prescrita en la ley, persigue un fin legítimo y si es una medida necesaria en una sociedad democrática.

Estas referencias, incluso la de revisar si se encuentra en una ley, y con mayor razón el concepto de sociedad democrática o fin legítimo, permiten a los Estados, tener un espacio de decisión respecto de las restricciones a los derechos. El fin legítimo puede ser la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Pero es bien sabido que la idea de la “cláusula necesaria en una sociedad democrática”, permite a los Estados restringir derechos individuales, en la medida que protegen otros. En otro sentido, hablar de discrecionalidad en estos casos significa que se presentan situaciones en las que dos derechos, o un derecho y un bien colectivo, compiten frente a frente; y en el que uno será restringido necesariamente en la medida que el otro sea respetado. A este fenómeno ampliamente utilizado en la práctica europea, y recientemente en la interamericana, se le conoce como juicio de ponderación. Por razones de espacio no abundaremos sobre el problema teórico y la solución dada para los conflictos entre derechos.³⁸

De esta forma, en el caso *Leyla Sahin*, el resultado fue que no se viola el artículo 9, aun cuando una primera aproximación haría creer que efectivamente se violaba el derecho a profesar una religión en tanto se prohibía el uso del velo. Y en efecto, la Corte afirma que la señorita Leyla usó el velo islámico por obedecer un precepto religioso con el cual estaba plenamente conforme, pero al mismo tiempo sostiene que el Estado, válidamente, puede restringir ese derecho en beneficio colectivo. Es preferible restringir la libertad religiosa de Leyla Sahin, que permitirle el uso del velo en la escuela, y con ello, obligar de alguna manera a que lo porten las otras mujeres musulmanas. Turquía, una sociedad democrática y laica, pero de fuerte tradición musulmana, puede restringir la libertad religiosa gracias a que cuenta un amplio margen de apreciación.

³⁸ En cambio, puede revisarse, entre muchos otros, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007; ALEXY, Robert, “La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento”, en *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, Padua, CEDAM, 10, 2005; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006; FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2008; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007; DOMINGO DE, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 321 y ss.; COMANDUCCI, P., “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, en CARBONELL Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), Madrid, Trotta-III-UNAM, 2005, pp. 108 y ss.

En cambio, en el caso *Lautsi*, en la primera sentencia, sí hay violación, aun cuando el Estado alegó que el crucifijo no solamente constituye un símbolo religioso.³⁹ En efecto, el uso de crucifijos en aulas públicas, sí es contrario al derecho de los padres de educar a sus hijos en la religión que ellos decidan. De lo contrario significaría que el Estado asume una postura confesional. En una sociedad democrática, es necesaria la pluralidad de ideas, pues de esta forma se asegura la convivencia de varias formas de expresar el pensamiento. El gobierno italiano también alegó que tenía un margen de apreciación,⁴⁰ pues en Grecia, por ejemplo, era necesaria la presencia de un ministro de culto ortodoxo para todas las ceremonias civiles y militares. Es decir, no hay una práctica europea que permita construir un parámetro aplicable en todos los casos. Por último, el gobierno italiano, argumentó que gracias precisamente a la construcción plural de los partidos políticos de inspiración cristiana es que ha dejado algunos símbolos religiosos en los salones de clase.

La Corte sostiene que, en el contexto de la enseñanza que imparte el Estado, la neutralidad asegura el pluralismo en una sociedad democrática. Italia tiene un margen de apreciación restringido, pues su pasado claramente le une a la Iglesia católica.⁴¹ La exposición obligatoria de un símbolo de una confesión religiosa, hecha en el ejercicio de una función pública sí restringe el derecho de los padres de educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los hijos de creer o no creer en algo. La llave del “margen de apreciación” le permitió a la Corte Europea seleccionar una de las dos posibles salidas al caso. Es decir, utilizó la discrecionalidad que el propio Convenio Europeo le permite.

No obstante lo anterior, Italia recurrió la sentencia y alegó que la Sala no había considerado el margen de apreciación estatal justificado en la falta de consenso europeo respecto de la regulación de símbolos religiosos en escue-

³⁹ *Affaire Lautsi*, *op. cit.*, 2009, párr. 35.

⁴⁰ “Au demeurant, il n’y a pas de consensus européen sur la manière d’interpréter concrètement la notion de laïcité, si bien que les Etats auraient une plus ample marge d’appréciation en la matière”, *Ibidem*, párr. 41.

⁴¹ En el cuerpo de la sentencia, de los párrafos del 16 al 26, la Corte Europea demuestra una sucesión de hechos, incluidos los Tratados de San Juan de Letrán de 1929, y el Protocolo Adicional de 1984, que necesariamente implican a Italia con una profesión católica; así como criterios recientes de la Corte Constitucional italiana donde se enfatiza el principio de laicidad del Estado.

las públicas.⁴² La Gran Sala, en marzo de 2011, le otorgó la razón al Estado, lo que equivalía a ampliar su margen de discreción.

El asunto fue de tal interés para los procesos de integración en Europa que varios Estados hicieron valer su opinión, así como organizaciones no gubernamentales e, incluso, la opinión de 33 parlamentarios europeos actuando de forma conjunta. Si se conoce la decisión final vale dar atención al pronunciamiento conjunto de Armenia, Bulgaria, la Federación de Rusia, Grecia, Lituania, Malta y San Marino, liderados por Joseph H. H. Weiler,⁴³ así como de los parlamentarios europeos. En el primer caso, la participación del Profesor de la Universidad de Nueva York, quien además es conocido por su profunda fe judía así como por su conocimiento de la realidad europea, fue ampliamente sugerente para la Corte, pues sostuvo que en el razonamiento de la Sala había una confusión en el uso del concepto de neutralidad señalado claramente en el párrafo 47 de la sentencia recurrida.⁴⁴ En efecto, cuando la Corte afirma que la neutralidad garantiza el pluralismo olvida que el laicismo, como principio no era una ausencia de fe sino intolerancia a la iglesia; en cambio la neutralidad exigía no solo permitir una libertad religiosa individual sino la libertad de religión misma. El laicismo, y no laicidad, representa una acción hostil del Estado hacia la iglesia.⁴⁵

⁴² En Francia -excepto en Alsacia y Mosela-, Georgia y Macedonia existe una prohibición expresa; y sin existir una prohibición, los símbolos religiosos en escuelas públicas aparecen en Austria, en algunas zonas de Alemania, en España, en Irlanda o en Rumania. Además, continua la Corte, en Suiza existió un pronunciamiento de incompatibilidad con la neutralidad religiosa de un ordenanza comunal que prevenía la presencia de un crucifijo; en Alemania, la Corte Constitucional federal sancionó como contraria a la neutralidad del Estado y difícilmente compatible con la libertad de religión de los niños, una norma bávara; en Polonia, en cambio, la Corte Constitucional declaró compatible con el principio de separación Iglesia-Estado, una ordenanza del Ministerio de Educación que permitía la exposición de crucifijos en aulas públicas y en España, el Tribunal de Castilla y León sostuvo que los símbolos debían ser retirados si mediaba una demanda explícita de los padres. *Cfr. Affaire Lautsi...*, *op. cit.*, 2011, párrs. 26 y 27. El argumento de Italia aparece en el párr. 34.

⁴³ El discurso ante la Gran Sala de la Corte puede ser leído en: <http://www.zenit.org/article-29769?l=english>

⁴⁴ “...le devoir de neutralité et d’impartialité de l’Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d’appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des convictions religieuses ou des modalités d’expression de celles-ci. Dans le contexte de l’enseignement, la neutralité devrait garantir le pluralisme”. *Affaire Lautsi...*, *op. cit.*, 2009, párr. 47.

⁴⁵ *Cfr.* TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, “XIX. La libertad de pensamiento, de conciencia y religión”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos*, 2ª ed., Madrid, CEP, 2009, p. 569.

Además, subrayó que las relaciones Estado–Iglesia en los Estados europeos se presentan de muchas y variadas formas (quizá las más evidentes son Francia y el Reino Unido) y que más de la mitad de la población europea vive en un país no laico. Seguir el criterio de la Sala podía “americanizar” Europa bajo un criterio de la intolerancia, pues muchos Estados europeos tienen un origen profundamente religioso. En cambio, el sistema de protección del Convenio Europeo demostraba que debe habitar el pluralismo y no la intolerancia. En la argumentación de la Sala no existía la visión inglesa, y por lo tanto quedarían fuera de la protección europea. Por último, Weiler enfatizó que si Europa ha abierto sus puertas a otros, siendo así tolerante, no puede ser lo contrario frente a algo que es su identidad: el pluralismo religioso.

Por su parte, los parlamentarios europeos sostuvieron que el TEDH no es una corte constitucional y que por lo tanto debe respetar el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación estatal, lo contrario, sería un mensaje radical para las instituciones europeas.⁴⁶

En la parte dispositiva de la sentencia la Corte resuelve que el derecho de la señora Lautsi a educar y aconsejar a sus hijos permaneció intacto aun cuando haya existido un símbolo religioso, como el crucifijo, en el aula de clases, y por lo tanto no viola el artículo 1, del Protocolo en relación con el 9 del Convenio, así como tampoco se violó el artículo 9 respecto de los hijos en la medida que se respetó su libertad de creer o de no creer.

En conclusión hasta este punto, se pretende demostrar cómo en una situación específica, un órgano jurisdiccional puede moverse hacia un lado u otro, una vez analizadas e interpretadas varias disposiciones y circunstancias. A esto, insistimos, le hemos denominado, discrecionalidad judicial internacional, en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos.

V. LA DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. UNA REFERENCIA A LA OPINIÓN CONSULTIVA NO. 20 Y AL CASO RADILLA PACHECHO VS. MÉXICO

Iniciemos con la Opinión Consultiva referente al artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁷ Antes de revisar el contenido propio de la resolución, volvamos a su valor jurídico. En realidad, una opi-

⁴⁶ Cfr. *Affaire Lautsi...*, *op. cit.*, 2011, párr. 56.

⁴⁷ CORTE IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09*, 29 de septiembre de 2009, Serie A, No. 20.

nión consultiva no decide una controversia, y al no decidir una controversia, no es vinculante al igual que una sentencia. Sin embargo, podemos considerar esta decisión jurídica internacional, primero porque ha sido resuelta como si existiera una *litis* (y en efecto existía, por un lado la mayoría de los Estados miembros de la OEA que acuden al llamado de la Corte para pronunciarse y por el otro Argentina (Estado solicitante), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y un buen número de organizaciones no gubernamentales e individuos a título personal); y segundo, porque al decidirla, se ha “enmendado” por vía errónea, la propia Convención Americana, y en última instancia, se ha modificado una práctica común desde que la Corte Interamericana resolvió el primer caso contencioso. Es decir, si el planteamiento puede verse como una *litis*, y luego resulta que es obligatoria, pues entonces hay buena dosis de discrecionalidad judicial en la decisión de la Corte Interamericana.

Existen dos preguntas a resolver por la Corte Interamericana, la primera es: *¿la posibilidad de designar un juez ad-hoc debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal?* Tal como se advierte de la lectura del Pacto de San José, existen dos procedimientos convencionales para ejercer la competencia contenciosa de la Corte: por un lado, el más utilizado, el sistema de peticiones individuales que incluye la queja del individuo ante la Comisión Interamericana, y luego la posibilidad de enviar el asunto al conocimiento de la Corte; y por el otro, el proceso iniciado directamente ante la Corte por un Estado frente a otro Estado, sistema conocido como de demandas interestatales.

Pues bien, la práctica de la Corte había sido que en el sistema de peticiones individuales se designara un juez *ad hoc*, por parte del Estado demandado, siempre que no contara con un juez designado por ese Estado. Hasta ese momento, en todos los casos, los Estados habían aprovechado esa oportunidad para designar un juez *ad hoc*.⁴⁸ Incluso en aquellos en los que el juez nacional se excusaba de conocer, porque aducía un interés personal anclado en la nacionalidad. Práctica esta, por ejemplo, del último juez mexicano en la Corte.

⁴⁸ México, en el caso *Radilla Pacheco*, ya no lo hizo. Y dada la excusa de Sergio García Ramírez, bajo la fórmula: “ser pero también parecer”, el Estado, por primera vez en un caso contencioso, no designó juez *ad hoc*. Dicho sea de paso que en el caso *Campo Algodonero*, México había nombrado a una juez que no cumplía los requisitos, y tuvo la propia Corte, a petición de los representantes de la víctima, que solicitarle al gobierno mexicano una nueva designación.

Al contestar la pregunta interpuesta por Argentina, la Corte Interamericana decidió que el derecho de un Estado a nombrar juez *ad hoc*, solamente debe establecerse respecto de las demandas interestatales, y no en el sistema de peticiones individuales, porque al hacerlo en este último, se deja en estado de desigualdad de armas a la Comisión Interamericana y al individuo, como presunta víctima de violación de derechos fundamentales consagrados en normas internacionales. Al respecto, los Estados, entre ellos México, alegaron en su favor, no sólo la práctica reiterada (cosa que la Corte desdeña aun cuando interpreta el texto de la Convención Americana con base en la regla de interpretación de la Convención de Viena) sino también el conocimiento de un sistema particular, o del derecho interno. La Corte dijo que es su obligación allegarse de todos los medios útiles para conocer el derecho aplicable; esto es, mandará llamar al proceso a peritos en la materia, si así lo considera necesario. Además, la Corte resuelve que los tratados de derechos humanos revisten características especiales, como la garantía colectiva (es decir, todos estamos interesados en la protección de los derechos humanos) y por tanto no se puede atentar contra el principio de igualdad procesal, o mejor dicho, igualdad de armas en proceso. La propia Corte modificó su reglamento a finales del año pasado y estableció el criterio adoptado en la Opinión Consultiva no. 20. Entonces, dado que ya no hay juez *ad hoc*, ¿ya hay igualdad procesal entre el Estado y su aparato jurídico y la Comisión y los representantes de la víctima?

Digamos que hasta aquí, la Corte sólo ha hecho uso del ejercicio discrecional y de su facultad de último intérprete de la Convención Americana, aún en contra de la práctica que ella misma había propiciado, y de lo que según la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados consiste en la práctica ulterior de los Estados (o de los sujetos del Derecho internacional). En efecto, ni el precedente, ni la práctica, pueden obligar a un órgano jurisdiccional a conducirse de la misma forma. Lo que es cierto es que podemos o no estar de acuerdo con la justificación de la Corte, nos pueden bastar y convencer o no sus razones para sostener esa postura, pero en cualquier caso la Corte ha sido discrecional. Pero, ¿no se acerca más a la arbitrariedad que a la discrecionalidad cuándo no recurre a la Corte Internacional de Justicia para revisar qué entiende por costumbre, práctica reiterada, práctica ulterior, etc., y luego aplicarla al caso? O también, si aplica la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, ¿no podía referir la interpretación previa y abundante de la Corte Internacional de Justicia, aun cuando no le vincula en absoluto? Pero tal como lo mencionamos en un apartado anterior, la Corte Interamericana goza de una discrecionalidad absoluta. Con todo, no es aquí el mayor acto discrecional de la Corte en la referida Opinión.

Hay una segunda pregunta: *¿aqueel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar en la substanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia?* La Corte es de opinión que sí, en efecto, el juez que fue nombrado por su alto prestigio, por su honradez y altos méritos, al ser nacional de un Estado, es parcial e influenciabile. Por lo tanto debe excusarse de conocer del caso. Dice textual la Corte: "...el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias... en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema". Es decir, la Corte Interamericana niega rotundamente la discrecionalidad de la que puedan gozar los jueces internacionales. Para ella, dado que la nacionalidad puede viciar el sentido de la justicia en el sistema interamericano, entonces hay una respuesta correcta, sólo una solución posible, y el juez, mecánicamente, deberá encontrar la subsunción normativa y aplicarla al caso. Si la Corte no razona así, entonces, tendrá que prohibir también que un juez ateo conozca de casos donde se encuentre en conflicto la libertad religiosa, o que un juez de profesión católica se abstenga de conocer de casos donde se analice la libertad religiosa de un católico, o limitar a un juez, expresamente de un partido político de derecha, conozca de casos de un partido político de izquierda o independiente, y muchos más ejemplos. Si la nacionalidad está vinculada a la apreciación de la justicia, entonces otros factores pueden también influenciar al juez y hacerlo parcial. En este punto, la Corte niega que haya una parte de la decisión judicial en donde entran otros factores no jurídicos y que ayudarán, sin duda, a resolver la controversia.⁴⁹

Revisemos por último la sentencia *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*.⁵⁰ Dado que un análisis exhaustivo de la misma requeriría uno o varios trabajos al lado del que presentamos, solamente nos ocuparemos de una pequeña parte de la sentencia, en realidad, aquella que se encuentra en el rubro "reparaciones", y dentro de ésta, únicamente la referida al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en el Pacto de San José, se encuentra expresada en el artículo 2. De una primera lectura puede desprenderse que la obligación recae estrictamente en órganos legislativos, pues son ellos quienes, en principio, pueden adoptar las dispo-

⁴⁹ Es ya bien conocido la noción de justificación interna y externa, además del amplio estudio sobre la interpretación del derecho, aludidos en WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2003, pp. 45 y ss.

⁵⁰ Cfr. CORTE IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.

siciones de derechos interno. Sin embargo, la Corte ha entendido que esta obligación puede crecer hacia los otros órganos del Estado, y en el Caso Radilla Pacheco, específicamente, al Poder Judicial Federal. Dice la Corte Interamericana:

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana (énfasis añadido).

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

A partir de esta ampliación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, surgen dos temas de importancia para el derecho mexicano respecto del Derecho internacional de los derechos humanos: por un lado, el control de convencionalidad; y por el otro, la existencia de un criterio que obligue, en términos reales, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

a interpretar el artículo 13 constitucional. Sobre todo en el segundo tema, implica que, como forma de reparación, la Corte Interamericana dirija la interpretación de la propia Constitución mexicana. Esto es una interpretación extensiva en materia de reparaciones. No exige una reforma a la Constitución, sino a la manera de interpretar la Constitución.⁵¹ A esta situación nos hemos referido como discrecionalidad judicial en el momento de establecer las reparaciones a una violación internacional. Aquí la pregunta planteada es: ¿bajo qué argumento la Corte Interamericana pretende decirle a la Suprema Corte, la manera en que debe interpretar un artículo constitucional? La respuesta puede darse a partir, una vez más, de las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno, pero sobretodo, de la aplicación e interpretación que los jueces internacionales hacen del derecho interno, y también, aunque menos común, la aplicación e interpretación que los jueces nacionales hacen del Derecho internacional.⁵²

En términos del Derecho internacional, una sentencia es perfectamente vinculante en todos sus términos. Así que no puede existir la mínima posibilidad de que el Estado mexicano, Poder Judicial incluido, se niegue a la interpretación del 13 constitucional según los criterios expuestos en la *Sentencia Radilla*, pues efectivamente, es obligatoria.

Existe además otro argumento: el control de convencionalidad. Aludido también en el párrafo 339 de la sentencia, significa que las autoridades de un Estado deben ajustar su conducta no sólo a las normas internas, sino también, a las normas internacionales (que en el caso de México, dado el sistema de recepción del Derecho internacional, deben satisfacerse el procedimiento constitucional consagrado en el artículo 133) sobre todo aquellas de derechos humanos, con la posibilidad de que los jueces nacionales verifiquen la correspondencia entre la actuación estatal y las obligaciones internacionales.

Sin embargo, hay todavía una exigencia de la Corte Interamericana más cercana, otra vez, a la arbitrariedad que a la discrecionalidad: la posibilidad de un bloque de convencionalidad extensivo a la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos. En efecto, el párrafo 340 de la sentencia establece:

⁵¹ “Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, párr. 340.

⁵² Sólo como una referencia puede estudiarse el caso *Ferrini. Corte di Cassazione*, sezioni unite n. 5044/04, depositata l’11.03.2004.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal...

Así leído, significa que la Corte Interamericana incluye no sólo la sentencia Radilla Pacheco, sino todas aquellas sentencias en la que ha existido un pronunciamiento sobre la jurisdicción militar. Pensemos, por ejemplo, en uno de los más famosos casos resuelto por la Corte, el *Loayza Tamayo*, donde a propósito de juicios dobles, de jueces sin rostro, etc., la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la arbitrariedad en el uso de la jurisdicción militar peruana, esto significaría que los Estados (¿sólo los Estados parte de la Convención o los Estados de la OEA?) tendrían el deber de acatar los criterios ahí sostenidos. Y que sea así, es tanto como darle efectos *erga omnes* a las sentencias regionales. Entonces la pregunta planteada es ¿los criterios expuestos allí son vinculantes para la interpretación del artículo 13 constitucional? La respuesta, desde la óptica del Derecho internacional debe ser categórica: los criterios jurisprudenciales sólo son obligatorios para las partes en el proceso.⁵³ No está diseñado el Derecho internacional, incluso, el Derecho internacional de los derechos humanos, como una gran jurisdicción donde los jueces de la Corte (por cierto, como lo revisamos en párrafos anteriores, con discrecionalidad absoluta) tengan todo el poder creador de una política jurisprudencial sin ningún tipo de control dentro de la comunidad interamericana. Si esto fuera así, entonces la protección de los derechos humanos en América descansaría en 7 jueces, a quienes por cierto, la nacionalidad, según ellos mismos, puede descomponer su apreciación de la justicia.

Entendemos que el objetivo de las jurisdicciones internacionales sea la jurisdicción obligatoria. Allá donde el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha podido arribar a base de esfuerzos, no jurisdiccionales por cierto, sino políticos. Es cierto: no parece que en América exista un buen camino planteado por los políticos; pero tampoco es el idóneo el trazado por el órgano jurisdiccional interamericano.

No sería justo terminar aquí el comentario. Da la impresión que la Corte Interamericana sabía perfectamente el prurito que esto despertaría en la comunidad latinoamericana, y termina el párrafo 340 con la frase: "...los cuales han sido reiterados en el presente caso". Esto significa volver a decir que los efectos vinculantes de las sentencias sólo son aplicables a las partes en

⁵³ Recuérdese, por ejemplo, el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

el proceso. Y resulta que, como ya afirmamos, la sentencia Radilla Pacheco obliga en todos sus términos al Estado mexicano.

Con estos dos ejemplos del último año de la jurisprudencia interamericana se pretende demostrar que existe discrecionalidad judicial. Es decir, sí existe una zona en donde los jueces se mueven libremente para resolver una controversia, o también, en el caso interamericano para establecer una reparación. Vale advertir, de cualquier forma, que esta discrecionalidad, mal ejercida, se vuelve arbitrariedad y ello puede resultar mucho más difícil de combatir. Por último, encontramos desafortunado el criterio de la Opinión Consultiva no. 20, respecto de la segunda pregunta, pues al quitar la nacionalidad como posible afectación en resolución de un caso, se ha negado la propia discrecionalidad de los jueces.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El Derecho internacional está expresado en un lenguaje, y los jueces internacionales, cada vez que resuelven una controversia son llamados a la justificación de su decisión. Cuando esta decisión judicial tiene dos o más alternativas, entonces estamos frente a la discrecionalidad judicial internacional. En el Derecho internacional de los derechos humanos encontramos con frecuencia herramientas de discrecionalidad, ya que los jueces amplían o restringen, por ejemplo, el margen de apreciación de los Estados (caso *Leyla* y caso *Lautsi*), según las circunstancias jurídicas y no jurídicas de un caso. Con base en esa discrecionalidad judicial, los jueces justificarán o no, la restricción de algún derecho hecha por el Estado. También con base en la discrecionalidad, y en el específico caso del sistema interamericano, los jueces han reparado violaciones a normas internacionales, y han construido y creado una nueva forma de entender el Derecho internacional, aun con los riesgos que eso implique. Por otro lado, si los jueces no se apegan a un marco de discrecionalidad efectivo, pueden alcanzar la arbitrariedad, o negar la discrecionalidad, como la Corte Interamericana al sostener que la nacionalidad está directamente vinculada con la apreciación de la justicia.

No queda más que apuntar el escalón siguiente: la responsabilidad jurídica y no jurídica (moral) de los jueces internacionales, como una herramienta más del control que el Derecho internacional debe ofrecer.