

Crónica de jurisprudencia iberoamericana

Soberanía Nacional versus Jurisdicción Internacional. Un caso emblemático: Sentencia del caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*

EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ¹

Revista Electrónica Iberoamericana (REIB), Vol. 17, No. 2, (diciembre de 2023), pp. 227-246.
ISSN: 1988 – 0618. doi: 10.20318/reib.2023.8302.

Antecedentes

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH, Corte o Tribunal) en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*², en la que impone a México la realización de un cambio en su Constitución, ha abierto un espacio para la discusión en los ámbitos jurídico y político acerca del significado y alcance del sometimiento a la jurisdicción de dicha Corte y del exceso en el que esta incurre

- ¹ Profesor e investigador de El Colegio de Veracruz, México. Abogado y doctor en Ciencia Política. Ha sido diputado, Senador de la República; Procurador de Justicia y Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Veracruz. Ha desempeñado elevados cargos administrativos en el gobierno de su país. Desde 1976 es profesor de Teoría del Estado, Ciencia Política y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y autor de libros de texto sobre estas materias además de otras 13 obras sobre temas constitucionales, penales, políticos y electorales e infinidad de artículos jurídicos. Twitter @DEduardoAndrade, correo electrónico: eduardoandrade1948@gmail.com
- ² Versión completa consultable en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf Página Web corteidh.or.cr de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las citas de la sentencia en este artículo provienen de dicha versión.

al extender sus atribuciones mediante una jurisprudencia que excede el ámbito de la competencia que le atribuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención). El gobierno mexicano se pronunció enérgicamente sobre lo que consideró “*Un despropósito de la Corte Interamericana el ponerse por encima de la Constitución y es faltarle respeto al Estado mexicano. No puede haber ningún poder por encima del Estado mexicano, que es, entre otras cosas, pues el garante de que en este país haya estabilidad social, política, económica*”³. Este posicionamiento generó reacciones encontradas respecto a los límites de las obligaciones internacionales frente al ejercicio de las decisiones soberanas que toma democráticamente una nación.

El tema es de la mayor importancia para el auténtico respeto a los DD HH y a la dignidad humana evitando que el activismo en este campo se convierta en un instrumento de descalificaciones políticas tendientes a la obtención de posiciones de poder que se apartan del objetivo de consolidar y ampliar la vigencia de tales derechos. Las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de las personas en los distintos países no se restringen al análisis del cumplimiento de normas jurídicas, pues siempre producen un impacto de naturaleza política al interior en cuanto a la lucha entre diversas fuerzas ideológicas y respecto del exterior en cuanto influyen en la aparición de áreas de tensión en las relaciones internacionales a partir de las denominadas “cláusulas democráticas” de los tratados económicos y comerciales que pueden dar lugar a imponer condiciones dañinas a países sujetos a condiciones unilateralmente impuestas por sus contrapartes que no necesariamente buscan defender derechos de las personas físicas, sino proteger los grandes intereses financieros y económicos de sus empresas.

Es incuestionable que cuando la sentencia pretende que la nación juzgada no solamente repare posibles afectaciones de los derechos humanos, sino que modifique sus decisiones políticas fundamentales contenidas en los textos constitucionales, la resolución judicial alcanza una dimensión indiscutiblemente política cuya realización implicaría una imposible acción coactiva sobre la voluntad de los representantes vinculados a un mandato democrático de los pueblos que los han elegido.

Dada la naturaleza no solo jurídica, sino especialmente política de las decisiones de la CoIDH, conviene efectuar una reflexión seria acerca de la necesidad de compatibilizar la garantía de cumplimiento de los derechos humanos y el ejercicio soberano de las facultades constitucionales de cada país. Este artículo intenta contribuir a la búsqueda de fórmulas que permitan esa compatibilización, a partir del análisis de los puntos principales de la sentencia del caso indicado, en los cuales se pretende sustentar la condena tendiente a la realización de reformas constitucionales.

3 “Un despropósito”, sentencia de la CIDH sobre arraigo: Adán Augusto López. Página Web del Diario “Milenio” del 3 de febrero de 2023. <https://www.milenio.com/politica/sentencia-cidh-arraigo-desporposito-adan-augusto-lopez>

I. Estructura de la sentencia. Extensión y método exceden el marco reglamentario

La resolución se desenvuelve en dos planos: la verificación de los hechos que constituyeron las violaciones específicas respecto de las cuales el Estado se allanó prácticamente por completo y, por otra parte, una serie de consideraciones sobre la legislación mexicana relacionada con las figuras constitucionalmente reguladas del arraigo y la prisión preventiva oficiosa. Las referencias a la legislación resultan confusas, porque primero aluden a las normas existentes en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan, pero más adelante se hace alusión a normas que fueron aprobadas con posterioridad a tales hechos y que no tendrían por qué formar parte de la *litis*.

La metodología empleada por la Corte en la emisión de su sentencia es bastante profusa⁴, con aspectos cuestionables sobre su congruencia. Su capitulado se aparta de lo dispuesto en el art. 65 de la CADH que dispone:

“1. La sentencia contendrá: a. el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; b. la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes; c. una relación de los actos del procedimiento; d. la determinación de los hechos; e. las conclusiones de la Comisión, las víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante; f. los fundamentos de derecho; g. la decisión sobre el caso; h. el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; i. el resultado de la votación; j. la indicación sobre cuál es la versión auténtica de la sentencia”.

El capítulo de *HECHOS* empieza por una referencia a la normatividad, lo cual no parece congruente con la adecuada sistematización de una sentencia. Esta debe tener en cuenta primeramente los hechos probados para juzgarlos con base en las normas jurídicas aplicables. Es notoria su deficiente sistematización dada la repetición de conceptos a lo largo de la misma y un encadenamiento de razonamientos que no corresponde necesariamente a un esquema lógico.

En la Sección I se presenta la *INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA*. Como es sabido, los asuntos jurisdiccionales de los que conoce la CoIDH deben ser remitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual puso en conocimiento de la referida Corte el caso “Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile y otros respecto de los Estados Unidos Mexicanos” el 1º de mayo de 2021. Ahí se establece: “*La Comisión indicó que las presuntas víctimas fueron supuestamente retenidas y requisadas por agentes policiales sin orden judicial y sin que se configurara una situación de flagrancia. En vista de lo señalado, consideró que la retención resultó ilegal y arbitraria*”.

4 La Tabla de Contenido, que la extensión de este trabajo no permite reproducir, abarca diez secciones las cuales se desarrollan en 63 páginas que pueden consultarse en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

A la descripción de los hechos, respecto de los cuales se pretende atribuir responsabilidad al Estado mexicano, se añaden consideraciones que tienen que ver con normas del orden jurídico nacional, en los siguientes términos:

“Por otra parte, estableció que la aplicación de la figura del arraigo habría constituido una medida de carácter punitivo y no cautelar, que además habría afectado el derecho a la presunción de inocencia de las presuntas víctimas. Asimismo, señaló que la figura del arraigo (infra párrs. 36 a 41) resulta contraria a la Convención y consideró que la aplicación de la detención preventiva posterior al arraigo fue arbitraria. Con base en dichas consideraciones, la Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación de los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 (derecho a la libertad personal); 8.1, 8.2, 8.2 b), 8.2 d), y 8.2 e) (derecho a las garantías judiciales); 11.2 (derecho a la vida privada), y 25.1 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López”.

La CIDH recibió la petición el 22 de febrero de 2007. Emitió el informe de admisibilidad el 27 de octubre de 2015, y el informe de fondo correspondiente el 7 de diciembre de 2018. El 31 de enero de 2019 notificó a México dicho informe. Las partes firmaron el 20 de febrero de 2020 un Acta de Entendimiento para la eventual celebración de un Acuerdo de Cumplimiento del Informe de Fondo. El Estado tomó acciones concretas para el cumplimiento de algunas de las recomendaciones, en particular, las relativas a las medidas de compensación pecuniaria. Sin embargo, la Comisión evaluó que *“-a pesar de la voluntad expresada por el Estado- a más de dos años de notificado el Informe de Fondo, varias recomendaciones permanecían incumplidas”*. En esta sección inicial no se indica cuáles de esas recomendaciones no se habían cumplido aún y en todo caso la explicación dada por el Estado al respecto. El 1 de mayo de 2021, la Comisión sometió el caso a la Corte respecto a la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo tomando en cuenta las recomendaciones que permanecen incumplidas, así como *“la necesidad de justicia para las víctimas y la voluntad expresada por la parte peticionaria”*.

Una cuestión a dilucidar a lo largo de este examen es justamente la naturaleza de las recomendaciones, y en su caso, cuáles de ellas ya estaban satisfechas en el *Acta de Entendimiento* que habían alcanzado las partes, lo cual no parece compatible con el sometimiento de todo el asunto, *“la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos”*, que según la apreciación de la Comisión constituía la *litis* a resolver, puesto que parte de ella ya se encontraba resuelta.

II. Cuestionamientos al alcance de la competencia de la Corte

En la Sección II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE se da cuenta de los actos procesales formales a partir de la notificación al Estado y a la representación de las presuntas víctimas ejercida por la organización “Red Solidaria Década Contra la Impunidad A.C”. En el punto nueve de esta Sección se indica que, durante la audiencia pública del caso, el Estado mexicano “reconoció parcialmente su responsabilidad”. A este RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD se refiere la Sección IV de la siguiente manera:

“En el marco de la audiencia pública celebrada en el presente caso, y en sus alegatos finales escritos (supra párr. 11), el Estado, formuló un reconocimiento parcial de responsabilidad. Indicó en particular que “derivado de la firma entre la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Relaciones Exteriores y los representantes de las víctimas, del Acta de Entendimiento [...], en febrero de 2020, el Estado reitera su allanamiento parcial sobre la mayoría de las pretensiones de la [r]epresentación de las víctimas, [...] “reconoce su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 7, 11, 8 y 25 de la Convención Americana [...], en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto al derecho a la libertad personal, garantías judiciales, vida privada y protección judicial. Lo anterior causado por la retención, revisión del vehículo, falta de información sobre las razones de su detención, falta de presentación sin demora ante el juez, falta de notificación previa y detallada de los cargos, falta de defensa técnica en los primeros días posteriores a la detención, lo cual derivó en una incorrecta aplicación de las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa según las características que les eran propias al momento de los hechos”. Del mismo modo, indicó que “reconoce su responsabilidad internacional por la violación del artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento de la Convención Americana, en relación con la integridad personal de las víctimas, por el aislamiento e incomunicación durante su retención”.

Queda evidenciada ahí la voluntad del Estado sometido a la jurisdicción de aceptar su responsabilidad frente a las violaciones que se produjeron a preceptos de la CADH y, por lo tanto, su disposición a la reparación correspondiente. Dicha aceptación se centra en el reconocimiento de los hechos acaecidos y su vinculación con las normas contenidas en la Convención. Esto es determinante en cuanto al alcance y naturaleza de las resoluciones de la Corte.

Respecto de este punto conviene reflexionar críticamente sobre la competencia que de manera estricta la Convención le otorga a la CoIDH y que esta ha ido expandiendo a través de su jurisprudencia, quizá con el buen propósito de incidir en la cultura de los DD HH, pero como una especie de consigna deliberada que echó a andar su primer presidente Rodolfo Piza Escalante cuando al emitirse la Cuarta Opinión Consultiva presentó un voto separado en el que expresó de modo notoriamente antijurídico: «[la] misión más trascendente [de la Corte es] crear jurisprudencia con la audacia, amplitud, intensidad y flexibilidad posible, sin otra

limitación que las fronteras insalvables de su competencia... ¡y un poquito más allá, si se puede!».⁵

En la práctica sí se ha podido ir “más allá”, pese a que la Convención es muy precisa en cuanto a la competencia de la Corte establecida en el artículo 63, en los siguientes términos:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Como puede apreciarse la CoIDH debe decidir respecto de violaciones específicas a un derecho o libertad protegido por la Convención y garantizar al lesionado, es decir específicamente a quien ha sufrido la afectación, el goce del derecho o libertad conculcados y, de ser el caso, reparar las consecuencias de la medida o situación que configure la violación. La Corte no dispone de una atribución para actuar sobre las causas jurídicamente alegadas como origen de la violación, cuya corrección debe ser competencia del Estado.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la interpretación de los tratados según el artículo 31 de la Convención de Viena, debe hacerse *de buena fe*, de acuerdo al “*sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. La Corte ha afirmado “*que el ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado*”. Asimismo, dicho Tribunal ha sostenido que el ‘sentido corriente de los términos’ “*debe analizarse como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece*”.⁶

La CoIDH ha ido también *más allá* de lo establecido en la Convención de Viena pues el contexto no debió permitirle extender el significado del sentido corriente de las palabras usadas que, como hemos dicho, no la autoriza para revisar las disposiciones jurídicas internas las cuales, en principio, requieren ser violadas para que se produzca el daño al derecho humano de que se trate. Ahora bien, si en un caso específico es la norma la que pueda dar lugar a la violación, es la referida violación la que debe ser reparada sin que la jurisdicción de la Corte se extienda al análisis de las decisiones internas de Derecho. Es más, aunque el Estado alegue estas decisiones como justificantes, la Corte puede desestimar dicho alegato recurriendo al principio

5 Véase el Voto Separado de la Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, p. 3; disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf (Consultada, el 10 de abril de 2023).

6 Ficha técnica del Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, en https://corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360 (Consultada, el 12 de abril de 2023).

establecido en la misma Convención de Viena de que un Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para dejar de cumplir un tratado. De modo que en los términos corrientes del Art 63.1 de la Convención, el Estado infractor está obligado a satisfacer los requerimientos para los cuales la Corte está facultada, sin que ello implique que se pueda obligar al Estado a modificar su legislación interna.

Además, en el contexto de la propia CADH puede encontrarse el grado de intervención que el tratado otorga a la Corte respecto de disposiciones de derecho interno en abstracto, para las cuales solo se prevé un esquema de consulta tendiente a obtener la opinión del Tribunal. El art. 64.2 dice: *La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales*. En ningún caso la Corte debería sobrepasar el marco de la opinión o la recomendación sobre disposiciones de derecho interno, a fin de no exigir a los representantes populares democráticamente electos que voten de una manera predeterminada.

También debería tenerse en cuenta que este Tribunal funciona como una institución sancionadora respecto de las faltas cometidas en materia de derechos humanos y en ese sentido, la buena fe en la interpretación del tratado debería acoger el principio de estricto derecho cuando se trata de imponer sanciones, sin acudir a interpretaciones extensivas que rebasen el sentido corriente de los términos. Ese es justamente el concepto que debe aplicarse cuando de sancionar se trata.

Este desbordamiento de la función jurisdiccional ha empezado a generar resistencias en algunos países. Ello se observa en la Declaración emitida por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay en la cual expresan su inquietud frente a la referida tendencia expansiva al considerar *“que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales”*⁷. En la Academia se aprecian opiniones que respaldan ese posicionamiento. El profesor chileno Álvaro Paúl refiere que los mencionados Estados:

*“Están solicitando que la Corte IDH no imponga visiones únicas de los derechos humanos, cuando ellos tienen diversos modos legítimos de ser interpretados [...] gran parte de los derechos permite más de una lectura. La Corte olvida esta realidad, [...] Por eso, los Estados solicitan que cuando la Convención Americana permita diversas interpretaciones legítimas, ellos puedan, democráticamente, determinar cuál adoptar”*⁸.

7 Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8628/1/declaracion-sobre-sistema-interamericano.pdf> (Consultada, el 5 de abril de 2023).

8 Álvaro Paúl, “¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma”, disponible en <https://www.redalyc.org/journal/5340/534068339003/html/> (Consultada, el 8 de abril de 2023).

Otra voz surgida en la doctrina sudamericana respecto de la pretensión de *supra-convencionalidad* por parte de la CoIDH, cuyo activismo sobrepasa el texto de la Convención pues su deber consiste en aplicarla —no en adicionarla— es la del profesor Alfredo M. Vitolo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en su artículo, “*Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del control de convencionalidad*”⁹. En él rechaza la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CoIDH por carecer de fundamento:

*“Este criterio de la Corte Interamericana violenta el consentimiento otorgado por los estados cuando, a través de la Convención Americana, establecieron el tribunal y le fijaron sus atribuciones, limitando su soberanía al otorgarle a la Corte ciertas competencias. Es precisamente por esta última razón que no resulta posible interpretar las atribuciones de la Corte Interamericana en forma extensiva, yendo más allá de lo que los estados pudieron haber pretendido e interpretado al celebrar el tratado”*¹⁰.

Ciertamente cuando un Estado firma un tratado en ejercicio de su soberanía, se compromete a limitarla o condicionarla en los términos del texto pactado. El Estado asume compromisos que restringen en la medida convenida su autodeterminación, pero no puede exigírsele que enajene para siempre su voluntad soberana dando *carte blanche* a un organismo internacional para que este determine el contenido de las decisiones fundamentales que corresponden a su pueblo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene como primer pronunciamiento en su artículo 1 lo siguiente: “*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*” Este es el principio básico del Derecho Internacional puesto que todo él deriva de las decisiones que cada pueblo asume en su relación con otros pueblos a través de los pactos jurídicos que celebran los Estados.

La autodeterminación es un derecho esencial al que ningún pueblo puede renunciar, de igual manera que la persona humana está impedida de efectuar una renuncia definitiva e irrevocable de sus libertades y derechos. Si se pretendiera interpretar que una vez adquirido un compromiso internacional por un Estado, este ha renunciado para siempre a su posibilidad de modificarlo o separarse de él, equivaldría a privar a todos los miembros presentes y futuros de su pueblo de la capacidad democrática de ejercer su autodeterminación.

La competencia jurisdiccional de la CoIDH, a la que se somete un Estado ejerciendo su soberanía, no autoriza a aquella a arrebatar a este su capacidad de autodeterminarse,

9 Cfr. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>

10 *Ídem*, p. 365.

tan es así que siempre existe la posibilidad de denunciar el tratado. Es verdad que en tanto el tratado sigue vigente, hasta antes de su terminación, el Estado permanece sujeto a sus términos, pero también lo es que no debe admitir obligaciones que la Corte le imponga a través de interpretaciones que vayan más allá de los límites de su competencia. Sobre este punto el mencionado profesor Vítolo señala: “esos límites son *traspasados por la Corte en su doctrina, dando cumplimiento al «mandato» de su primer presidente*”¹¹.

Otro concepto que ha servido para alterar la función de la Corte es la denominada *garantía de no repetición* supuestamente alcanzable mediante cambios al derecho interno. Tal pretensión es ilusoria. Por una parte, la idea detrás de ese concepto debe centrarse en que los afectados por una violación no vuelvan a ser victimizados. En estricta lógica la posibilidad genérica de que otras personas puedan sufrir violaciones semejantes no constituye una “repetición”. Por otra, incluso el Estado más celoso en la protección de los derechos humanos no puede “garantizar” que ninguno de sus agentes incurra en violaciones similares a las sucedidas anteriormente, cualquiera que sea el contenido de sus disposiciones internas y por muy apegadas que las considere la Corte a los términos de la Convención.

Es importante que los juristas de habla hispana contemplemos el punto relativo a si los compromisos asumidos en la CADH pueden extenderse indefinidamente más allá de su texto con base en la jurisprudencia de la CoIDH. Otra inquietud manifestada en Sudamérica la expone el profesor argentino Ezequiel Malarino, quien afirma que la Corte “*amparada en la cláusula de las reparaciones, ha ordenado a los estados la adopción de medidas que inciden sobre ámbitos fuertemente expresivos de la soberanía nacional, y cada vez en mayor medida amenaza con convertirse en una suerte de legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos.*”¹² Respecto de un caso en el que se pretendió modificar directamente el derecho interno de Costa Rica mediante una sentencia de la CoIDH Rocío Villanueva Flores de la Pontificia Universidad Católica del Perú escribió:

“¿puede la Corte IDH restablecer la vigencia de un decreto que la Corte Suprema de Costa Rica ha declarado inconstitucional y, por tanto, expulsado del ordenamiento jurídico? [...] La seguridad jurídica, como principio formal en virtud del cual lo que ha sido autoritativamente expedido debe respetarse [...] es un presupuesto para la protección de los valores materiales del ordenamiento jurídico [...] Estoy convencida de que la Corte IDH cumple un rol fundamental en la protección de los derechos humanos

11 Véase, Nota 5 de este trabajo.

12 Jorge Ezequiel Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010), p. 61. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf> (Consultada, el 10 de abril de 2023). Otro excelente trabajo de Malarino sobre este tema se denomina: “Violar derechos humanos para protegerlos. Un análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos desde el cambio de siglo”, consultable en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2314-30612018000200007

*en América Latina. No obstante, este incuestionable y activo rol debe ser llevado a cabo dentro de los límites del Derecho, lo que supone respetar las normas de competencia*¹³.

III. Ilegitimidad de las condenas relativas al derecho interno

A efecto de abonar en la búsqueda de una solución a la tensión que se genera entre la capacidad decisoria de un Estado en ejercicio de su soberanía, para definir las normas de su orden jurídico y el respeto a las decisiones jurisdiccionales, a las que, en virtud de su propia decisión soberana se encuentra sujeto, es preciso revisar la naturaleza y efectos de los fallos de la Corte, puesto que esto en principio se constituye como un mecanismo de verificación del cumplimiento de las disposiciones de la convención y mediante el sometimiento de casos concretos en los cuales se ha producido presuntamente una violación. Hasta ahí las violaciones detectadas y reconocidas por el Estado mexicano, se recogen de manera inequívoca por la propia Corte al señalar que el reconocimiento realizado por México de hechos que el propio Estado estimó violatorios de las disposiciones de la Convención dejaba superada la controversia respecto de los mismos. A partir de dicho reconocimiento, el órgano jurisdiccional dice: ***“la Corte considera que la controversia ha cesado respecto de la base fáctica del caso que se encontraba en controversia”***. Ciertamente indica que aún quedaban hechos por juzgar, pero en todo caso, en el entendido de que la función jurisdiccional debe atenerse a la verificación de si los hechos juzgados implican una violación jurídica o no, entonces debería entenderse que solo quedaba pendiente resolver respecto de los referidos hechos.

No obstante, la CoIDH se propone efectuar un análisis en abstracto de las normas jurídicas que se aplicaron en el asunto puesto a su consideración, y para ese efecto encontramos en la sección VII lo que a mi juicio implica una subversión del método que los jueces deben aplicar para resolver la cuestión central de todo litigio: si los hechos estudiados constituyen o no una violación a las normas que deben aplicar.

Empero, en la referida Sección dedicada a los *HECHOS*, en lugar de aludir exclusivamente a las circunstancias fácticas ocurridas, es decir, las conductas que presuntamente constituyan violaciones de derechos cuya inadecuación a lo previsto en la Convención—que es el marco normativo aplicable a la controversia— dará lugar a una eventual condena, empieza por referirse a las normas del ordenamiento mexicano que no son las aplicables, puesto que como se indicó, la jurisdicción de la Corte debe establecer la existencia de una violación de la Convención.

¹³ Rocío Villanueva Flores, “Activismo judicial y límites del Derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-activismo-judicial-y-limites-del-derecho-en-la-actuacion> (pp. 163 y 166); Consultada, el 14 de abril de 2023.

Así, la sentencia comienza por enjuiciar preceptos del derecho mexicano que en algunos de los textos revisados ni siquiera corresponden a disposiciones aplicables al momento de los hechos que debe juzgar. El análisis se enfoca en dos figuras jurídicas: el arraigo y la prisión preventiva oficiosa. Primeramente, establece el tratamiento de: “a) *Las normas legales vigentes al momento en que se produjeron los hechos del presente caso:*” y a continuación reproduce el artículo 133 bis del código federal procesal penal de 1999 y el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 28 de octubre de 1996. La función jurisdiccional de la Corte debe llevarla a constatar la adecuación o no de los hechos imputados con las normas de la Convención y, por lo tanto, no habría motivo para someter a juicio el contenido de las normas jurídicas que se aplicaron en México, puesto que parto de la base de que, si el órgano internacional no admitía la validez de una norma interna para justificar la violación de un precepto convencional, no tendría por qué efectuar tal examen de dicha norma interna. Pero vamos a admitir que por lo menos convenga conocer el marco jurídico que regulaba los acontecimientos a juzgar. Hasta allí podría constituir parte de la revisión que efectúe la Corte.

Sin embargo, después de reproducir los textos aplicables en la época de los hechos, introduce un asunto que no debe formar parte de la *litis* y que, en consecuencia, implica un exceso atribuible a la referida Corte: b) *Las normas reformadas o adoptadas con posterioridad al momento en que se produjeron los hechos del presente caso.*

Bajo este rubro, se reproducen el artículo 16 de la Constitución mexicana y otras disposiciones de carácter procesal que si, como lo dice la propia Corte, entraron en vigencia con posterioridad a los hechos, evidentemente no fueron aplicables a los mismos y no tendrían por qué ser materia de estudio. En el caso del artículo constitucional mencionado, las reformas a las que alude la sentencia fueron publicadas en junio de 2008 y marzo de 2019, ambas con posterioridad a mayo de 2008, mes en el que se produjo la absolución y liberación de las víctimas de las violaciones ocurridas y aceptadas por el Estado mexicano. Por lo tanto, la referencia a esas modificaciones constitucionales realizadas en México no tiene ninguna relación con el asunto sujeto a la jurisdicción de la Corte.

En esa misma sección VII dedicada a los *HECHOS*, se introduce la referencia a las normas jurídicas relacionadas con la prisión preventiva en el punto: “A.2. *Sobre la figura de la prisión preventiva*”. Primero da cuenta de lo que afirma eran las normas aplicables a dicha figura al momento de la realización de los hechos. En ello muestran un grave desconocimiento jurídico los magistrados, puesto que, como podrá constatar cualquier jurista que lea con cuidado el texto de las referidas disposiciones reproducidas en la sentencia, no hay alusión alguna a prisión preventiva de ninguna especie en estos preceptos, como puede apreciarse a continuación:

“42. *La Constitución Política de México, vigente al momento en que tuvieron lugar los hechos del caso, establecía que:*

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. [...].

43. El artículo 161 Código Federal Procesal Penal de 1999 establecía que: Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculcado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar; II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad; III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculcado, y IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

44. El artículo 168 Código Federal Procesal Penal de 1999 establecía que: El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal;

y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada en favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley”.

La sentencia que se analiza incurre en una grave falta de rigor jurídico al referirse a la prisión preventiva, dado que algunos párrafos antes de las normas que acabo de reproducir, señala:

“35. Por otro lado, al momento en que tuvieron lugar los hechos del presente caso, la figura de la prisión preventiva, que fue aplicada a las víctimas del caso, se encontraba regulada en el Código Federal Procesal Penal de 1999. Con posterioridad fue modificada y, a partir del año 2011 fue incorporada a la Constitución Política de México la figura de la prisión preventiva oficiosa. La versión de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 2016 contiene disposiciones sobre prisión preventiva oficiosa que no son materia del presente caso”.

Primeramente, como ya quedó demostrado con la lectura del artículo relativo del código procesal penal de 1999, la regulación de esta figura no se encontraba en dicho precepto. A ello hay que añadir que es falsa la aseveración de que la prisión preventiva oficiosa se incorporó a la Constitución mexicana en 2011. Evidentemente, ninguno de los jueces que intervinieron en la resolución conoce la historia del constitucionalismo mexicano y no fueron debidamente asesorados al respecto. La prisión preventiva oficiosa forma parte de las instituciones jurídicas mexicanas desde la aprobación de la Constitución vigente en 1917. Ello es así porque la única medida cautelar prevista en el texto constitucional que pudiera evitar la aplicación de la prisión preventiva, era la libertad bajo caución, que solo se concedía para delitos cuya penalidad no rebasara los cinco años, condición que fue ligeramente modificada en años subsecuentes, pero siempre basada en ese límite temporal de la pena¹⁴. Adicionalmente, conviene apuntar la inconsistencia confesa que implica el referirse a un artículo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 2016 que no tenía ninguna relación con el caso.

¹⁴ Sobre esto publiqué cinco artículos en los diarios de la Organización Editorial Mexicana encabezada por El Sol de México, consultables en los siguientes enlaces: <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/el-problema-es-el-sistema-no-la-prision-preventiva-9052222.html>; <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/el-problema-es-el-sistema-no-la-prision-preventiva-ii-9088139.html>; <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/el-problema-es-el-sistema-no-la-prision-preventiva-iii-9123003.html>; <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/el-problema-es-el-sistema-no-la-prision-preventiva-iv-9156803.html> y <https://www.elsoldemexico.com.mx/analisis/el-problema-es-el-sistema-no-la-prision-preventiva-v-9191787.html>

Para avanzar en el tratamiento de esta problemática acudo primeramente al análisis de los razonamientos jurídicos expuestos por la Corte para resaltar lo que puede constituir una extensión excesiva de la interpretación realizada por dicho Tribunal.

Pese a que, como ya hemos indicado, la base fáctica de la controversia había quedado prácticamente resuelta en su totalidad a partir del allanamiento del Estado mexicano a las pretensiones de reparación presentadas por la Comisión y los representantes de las víctimas, la Corte insistió en someter a juicio el ordenamiento jurídico mexicano que no tenía por qué ser materia de la *litis* una vez que los hechos aceptados por el gobierno mexicano configuraron las violaciones a la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es el instrumento jurídico cuya aplicación corresponde efectuar a la Corte**, las cuales también fueron admitidas por dicho gobierno. De cualquier forma, arrastrando las inconsistencias ya señaladas en cuanto a la conceptualización jurídica del arraigo y la prisión preventiva que la Corte vinculó al asunto, en la Sección VIII.1 presenta una serie de argumentos muy discutibles sobre los cuales finca la sanción a México.

El tribunal empezó por desatender el argumento expresado por el Estado en el sentido de que no procedía realizar un análisis en abstracto de una norma que no ha sido aplicada al caso concreto. Sin establecer una motivación para considerar que procedía dicho análisis en abstracto y a pesar de que en el apartado B reconoce “*que ha cesado la controversia con respecto a esas alegadas violaciones*”; dice enseguida: “*Sin mengua de lo señalado, tomando en cuenta la naturaleza del caso, la Corte estima necesario referirse a algunos puntos relacionados con el derecho a la libertad personal [...] (énfasis añadido)*”.

Evidentemente, existe una enorme ambigüedad en el motivo expresado por la CoIDH para entrar al análisis de las normas que no tenían por qué ser materia de su jurisdicción y menos aun las que ni siquiera estaban vigentes en el momento de los hechos. Habría que preguntarse en qué consiste la “especial naturaleza del caso” que conduzca a este análisis. En principio todos los casos sometidos a su jurisdicción son, *por naturaleza*, relativos a actos que han dado lugar a violaciones de derechos humanos”.

No hay ninguna explicación lógicamente congruente sobre por qué las violaciones alegadas —que en su mayoría ya fueron consideradas como solventadas—provenirían de la aplicación de las figuras jurídicas que se proponen enjuiciar, en lo que parece ser más un ejercicio académico que un examen de situaciones concretas sujetas a su jurisdicción. Al respecto dice la sentencia que habrá de:

“abordar el análisis de las violaciones a la Convención que no fueron reconocidas por el Estado relacionadas con las figuras del arraigo y de la prisión preventiva previstas en el ordenamiento jurídico mexicano. De acuerdo con lo anterior, en el presente acápite abordará esos puntos en el siguiente orden: 1) consideraciones generales sobre la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia en el marco de la investigación y del proceso penal; 2) sobre la compatibilidad de las figuras del arraigo y de la prisión preventiva con la Convención Americana, 3) sobre la aplicación del arraigo y de la prisión preventiva en el caso concreto, y 4) conclusión”.

Las consideraciones generales del primer punto implican un ámbito de estudio académico, que no tendría por qué vincularse a la *litis*, dado que esta tampoco debió referirse a la *compatibilidad* de las figuras del arraigo y la prisión preventiva con la CADH, dado que esas normas en sí, no implican una violación concreta a un derecho humano, ni tuvieron que ver con los hechos materia del juicio, y en todo caso no fue la aplicación mencionada en el punto 3, sino la falta de observancia de las normas que las regían, lo que produjo las violaciones aceptadas por el Estado.

Revisemos ahora los argumentos sostenidos por la Corte. En las consideraciones generales se plantea que el arraigo y la prisión preventiva oficiosa atentan contra la libertad personal y constituyen una violación al art. “7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

“96. Sobre la arbitrariedad referida en el artículo 7.3 de la Convención Americana, la Corte ha determinado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.¹⁵ Se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Así, no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.

97. La Corte ha considerado que, para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria y no se vea afectado el derecho a la presunción de inocencia, es necesario que: a) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y c) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas”.

He resaltado los conceptos que en esta parte de la sentencia la Corte atribuye a la noción de *arbitrariedad* a efecto de analizar y sostener que efectivamente se trata de un exceso interpretativo que no se desprende expresamente del texto de la Convención.

En este punto, me parece muy importante enfatizar algo fundamental en la academia, que es justamente la capacidad de crítica. Lo señalo, porque he detectado, por lo menos en mi país, que hay una resistencia en un buen número de profesores

¹⁵ La Corte cita al respecto el Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*, pero el que en su jurisprudencia sostenga esos argumentos, no implica que no puedan combatirse.

e investigadores a poner en duda cualquier afirmación de los órganos protectores de derechos humanos, en tanto estos parecen haber adquirido una especie de sacralización que todo buen jurista debe rechazar entendiendo que como sostenía Protágoras: “*Sobre todas las cosas hay siempre dos puntos de vista*”¹⁶.

¿Podemos pues, cuestionar el sentido y alcance de las decisiones de la CoIDH? Toda posición académica seria debe avalar una respuesta afirmativa. Lo contrario implicaría decretar la intocabilidad de determinadas instituciones e ideas, actitud propia de la religión. La cuestión a discutir es hasta qué punto puede llegar un tribunal internacional sin invadir las facultades soberanas de un Estado.

A mis alumnos les he puesto el ejemplo de un árbitro de fútbol que marca una falta cometida un metro fuera del área y ordena la ejecución de un penalty. Los jugadores del equipo afectado alegan que esa sanción no está contemplada en las reglas que deben respetar y el árbitro responde que la falta fue aviesa y causó una lesión al jugador en una clarísima oportunidad de gol, de modo que además de expulsar al autor —según ordena la regla— decidió marcar el penalty porque eso es lo justo, lo correcto, lo debido, lo racional y lo proporcional. Arguye que independientemente del texto de la regla, el fin válido de salvaguardar el valor del juego limpio, le autoriza a interpretarla extensivamente y ordena ejecutar el penalty. Es claro que las características de la falta la hacen muy reprochable, pero el árbitro no está facultado para aumentar la dimensión del área por muy justa que le parezca su decisión, la cual será arbitraria puesto que no la prevén las normas aplicables.

Si revisamos el texto de las consideraciones de la CoIDH y nos detenemos en los conceptos resaltados es posible apreciar una arbitrariedad de este tipo en la interpretación de la prohibición de realizar “detenciones arbitrarias” contenida en la CADH. El Art. 7.2 dice: “*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*” El Estado mexicano establece tales causas y condiciones en su Constitución y así cumple el deber de dar certidumbre jurídica a los gobernados. En el mismo Art. párrafo 3 se prevé: “*Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*” Del contenido integral del referido precepto se desprende que el adjetivo “arbitrario”, significa lo apartado de la normatividad. En ese contexto, la detención solo puede estimarse *arbitraria* si carece de base legal, de manera que se efectúe caprichosamente por una voluntad ajena a norma alguna. De acuerdo al diccionario de la RAE “arbitrario” significa: “*Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.*” Admitamos, en consecuencia, que no basta que la ley prevea una determinada forma de restringir la libertad personal, sino que esta obedezca a una razón. En el caso de la legislación mexicana, el Poder Reformador de la Constitución expuso las razones que en materia de las necesidades para combatir la criminalidad organizada y asegurar la sujeción de los procesados por la presunta comisión de delitos de suma gravedad castigados con penas muy elevadas, se requerían

16 Adelino Cattani, *Los usos de la retórica*. (Madrid: Alianza editorial, 2003), p. 19.

los dispositivos constitucionalmente establecidos en materia de arraigo y de prisión preventiva oficiosa.

Además, difícilmente podría negarse la condición de *finés legítimos* a la persecución de la criminalidad organizada y el evitar que las personas a las que se imputa un delito evadan la acción de la justicia, finalidades a las que se orientan las dos figuras cuestionadas. En cuanto al cumplimiento de los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, evidentemente ese escrutinio ha sido efectuado por el Constituyente, el cual consideró con base en la realidad sobre la que decide, que la medida resulta necesaria, idónea y proporcional. Por ejemplo, la prisión preventiva oficiosa debe equilibrar la presunción de inocencia —que cualquier tipo de medida cautelar limita— con la necesidad de sancionar al culpable y proteger a la víctima, a los testigos y el desarrollo de la investigación. En consecuencia, a la Corte le toca apreciar si en los hechos concretos que juzga se produjo un exceso violatorio de DD HH, pero no sentar en el banquillo de los acusados a un poder soberano para imputarle sin suficiente conocimiento de las circunstancias nacionales, que hizo algo innecesario, inadecuado o desproporcionado.

Las medidas a las que se opone la CoIDH podrían parecer exageradas —yo concedo que el arraigo lo es— incluso injustas o incorrectas, pero no irracionales si se considera la realidad en la que se aplican y toda calificación basada en nociones de *justicia* o *corrección*, parte de valoraciones subjetivas determinadas por diversas visiones culturales o condiciones particulares propias de cada Estado. ¿Cuál es la medida exacta de lo correcto? La respuesta se ubica en el campo del *jusmoralismo*, conceptualización del Derecho que lo vuelve incierto e impredecible. Por otro lado, sostener, como lo hace el Tribunal, que se violenta la presunción de inocencia es tautológico, pues por definición cualquier medida cautelar aplicada a un presunto delincuente, implica una afectación a la presunción genérica de inocencia.

La CoIDH extiende arbitrariamente el significado de la palabra *arbitraria*, al transformarla en sinónimo de inapropiada; injusta; incorrecta, o sea inmoral; desproporcionada; irracional; imprevisible; violatoria de principios generales incluso desconocidos, y carente de motivación. La Corte sobrepone ¡ocho notas! a la noción de ilegalidad que es propia de la arbitrariedad e incluso señala que esas notas se verificarán “entre otras cosas”.

No es admisible extender el análisis a principios “tácitos”, que no forman parte del texto convencional. Además, se plantea una confusión entre un requisito del debido proceso, como la motivación del acto, con una característica intrínseca de la medida cautelar. El empleo de valoraciones subjetivas que desconocen las condiciones concretas de cada nación de América, no se ajusta a criterios más razonables como el principio que se reconoce en el Derecho Internacional europeo denominado “margen de apreciación nacional”. Los juzgadores interamericanos con frecuencia acuden a criterios europeos en sus resoluciones, pero no han tomado en cuenta ese margen de autonomía que busca precisamente justipreciar las condiciones específicas en las que cada país establece sus normas constitucionales. De manera aislada, en algunas resoluciones la CoIDH ha hecho excepcionalmente alusión al término “margen de

apreciación”¹⁷ pero no ha sostenido una doctrina firme que, al estilo europeo, permita adecuar los criterios de sus determinaciones a las variables condiciones que privan en las distintas naciones del continente.

El *margen de apreciación nacional* abre un espacio para juzgar la racionalidad y proporcionalidad de una medida considerando las necesidades políticas, así como los sentimientos y la cultura de cada pueblo. Aplicando esa sensibilidad los jueces europeos han podido emitir resoluciones con criterios que varían en ocasiones diametralmente, de acuerdo al ámbito en el que se produce una eventual reclamación sobre DDHH. Por ejemplo, para Turquía validó la prohibición del velo islámico con los siguientes argumentos:

“Al resolver el conflicto planteado, en sentido contrario a la demandante, el Tribunal reconoció al Estado denunciado un amplio margen de apreciación, dada, entre otras razones, la ausencia de uniformidad en el ámbito europeo en relación con el uso de símbolos religiosos en instituciones educativas, y confirió un peso decisivo al contexto en que la prohibición fue aplicada: la defensa de la laicidad del Estado en Turquía, como principio cuya preservación puede ser considerada necesaria para la protección del sistema democrático en ese país; así como la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer, ambos valores centrales de ese ordenamiento constitucional”¹⁸.

En cambio, al fallar sobre la colocación de crucifijos en las aulas de las escuelas italianas el Tribunal Europeo se manifestó a favor de la colocación de tales símbolos religiosos.

“El texto señala que al mantener los crucifijos en las aulas “las autoridades han actuado dentro del margen de apreciación” en el marco de su obligación de respetar el derecho de los padres a asegurar la educación de acuerdo a sus convicciones religiosas. Según la sentencia, “un crucifijo colgado de una pared es un símbolo esencialmente pasivo, cuya influencia sobre los alumnos no puede ser comparada a un discurso didáctico o a la participación en actividades religiosas”¹⁹.

17 Cfr. Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado Derecho y la sociedad democrática”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf> (Consultada, el 5 de abril de 2023); Cfr. Vargas Balaguera, Humberto, “El margen de apreciación nacional”, disponible en <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/boletines2/especiales/2021/210610/Vargas.php> y la doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

18 Jesús Casal H., “Las restricciones al velo islámico: neutralidad estatal y derechos humanos”, *Revista de Derecho*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119787.pdf> (Consultada, el 15 de abril de 2023).

19 Cfr. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rectifica a favor de Italia sobre los crucifijos en aulas públicas. https://www.lainformacion.com/espana/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-rectifica-a-favor-de-italia-sobre-los-crucifijos-en-aulas-publicas_r8RI5QCsuGLnAUSCemt7Z1/ (Consultada, el 15 de abril de 2023).

Para Suiza el criterio fue diferente: al resolver el caso de un matrimonio musulmán que se negó a que sus hijas participaran en clases de natación mixta en el ámbito escolar, y que fueron multados con 1.292 euros tras ser advertidos. “*Los jueces estiman que las autoridades suizas no sobrepasaron el “margen de apreciación” y que los padres tuvieron acceso a la directiva sobre el trato a las cuestiones religiosas en la escuela y fueron “debidamente advertidos” de la posible multa*”²⁰.

Es indudable que las reservas manifestadas por algunos pueblos frente al avance de la religión islámica son tomadas en cuenta como válidas en el Tribunal Europeo que matiza sus sentencias en consecuencia. La prohibición del burka en espacios públicos impuesta por Francia fue validada por dicho órgano jurisdiccional al considerar:

*“que la decisión de prohibir esta prenda entra dentro del “amplio margen de apreciación” del que gozan los Estados a la hora de imponer este tipo de medidas en beneficio de la “convivencia”. Además, consideraron que las sanciones previstas en la ley, con multas máximas de 150 euros, son “de las más ligeras que el legislador podía plantear”. Por ello, los magistrados rechazaron que la ley contravenga los artículos del Convenio relativos al respeto de la vida privada y familiar, por un lado, y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”*²¹.

La percepción y los sentimientos de la gente para resolver conflictos entre determinados intereses específicos y las necesidades colectivas deben jugar un papel al momento de decidir sobre normas y medidas de política pública que dictan los Estados para atender tales necesidades, lo mismo cuando en Europa se intenta afrontar las tensiones entre grupos religiosos, que cuando en América se busca contener fenómenos de violencia que flagelan a sus sociedades. No se trata de relajar la protección de los derechos humanos de modo generalizado, ni aceptar la existencia de violaciones concretas, pero sí de apreciar con mayor amplitud los márgenes que requieren los Estados nacionales para ejercer su soberanía normativa. Lograr un equilibrio en el cual la jurisdicción sin ser permisiva sea comprensiva.

Conclusiones

Las resoluciones jurisdiccionales internacionales destinadas a incidir sobre el derecho interno alcanzan una dimensión indiscutiblemente política que genera tensiones al interior y al exterior del país afectado.

La jurisprudencia de la CoIDH ha ido creando nuevas obligaciones para los Estados firmantes de la Convención que no están contemplados en su texto. Dada la

20 Cfr. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20170110/413229391804/corte-europea-razon-suiza-boliganas-musulmanas-clases-natacion-mixtas.html> (Consultada, el 15 de abril de 2023).

21 Cfr. <https://www.elmundo.es/internacional/2014/07/01/53b2974522601d80158b457d.html> (Consultada, el 11 de abril de 2023).

naturaleza de la actividad de la CoIDH que juzga sobre violaciones de DD HH, en sus fallos debería imperar el principio de estricto derecho cuando se trata de imponer sanciones, sin acudir a interpretaciones extensivas.

Entre los juristas latinoamericanos se observa una tendencia crítica en relación con los excesos interpretativos de la Corte que amenaza convertirse en un *suprapoder* por encima de los poderes democráticamente legitimados en los Estados de esta región del mundo.

La suscripción de tratados limita la soberanía de los Estados en los términos del texto pactado. El Estado restringe su autodeterminación en la medida convenida, pero no puede exigírsele que enajene para siempre su voluntad soberana cediendo a un organismo internacional la determinación del contenido de las decisiones fundamentales que corresponden a su pueblo.

El denominado control de convencionalidad ha pretendido convertir a la CADH en una especie de *Supraconstitución* que en lugar de servir como punto de referencia para juzgar la inadecuación de determinadas conductas concretas de los Estados partes que violen derechos humanos de las personas, constituya un documento que someta el contenido democráticamente elaborado de las Constituciones de Estados soberanos, a las decisiones interpretativas, frecuentemente excedidas, de una reducida aristocracia de juristas.

El empleo de valoraciones subjetivas que desconocen las condiciones concretas de cada nación de América no se ajusta a criterios más razonables como el principio que se reconoce en el Derecho Internacional europeo denominado “margen de apreciación nacional”.

Conviene que la CoIDH adopte criterios más adecuados a las condiciones de cada nación para evitar que se debilite su función protectora de los derechos humanos al auspiciar con sus excesos competenciales reacciones negativas como la contenida en la Declaración formulada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay que han solicitado a la Corte que cuando la Convención Americana permita diversas interpretaciones legítimas, ellos puedan, democráticamente, determinar cuál adoptar.