

## CAPÍTULO II

# CREACIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

### I. INTRODUCCIÓN

¿Qué es un orden público internacional, qué tiene ver con el Estado de derecho internacional y qué pasa con el control?

Anteriormente nos referimos al ED y podemos observar que el EDI tiene varios requisitos para considerarse como tal; uno de ellos es “la consistencia con las normas y estándares de los derechos humanos”; este elemento nos lleva a otras categorías del ED como la equidad ante la ley, que estas leyes se apliquen igual; la certeza jurídica; la seguridad jurídica; la igualdad jurídica y la supresión de la arbitrariedad. Estamos hablando de los derechos humanos en sentido amplio (en donde se comprenden al derecho humanitario internacional [DHI] y el derecho penal internacional), que a partir de la segunda mitad del siglo XX han sido objeto de una impresionante transformación, como lo veremos más adelante. Entonces es evidente que los derechos humanos vienen a ser una especie de columna vertebral, ya que tocan todos los aspectos de la construcción jurídica internacional, por ejemplo, un tratado internacional incluso de carácter comercial que vaya en contra de una norma de *Jus Cogens* de derechos humanos, indudablemente será nulo, insistimos, aun en contra de su naturaleza comercial.

Aunque advertimos que la categoría de los derechos humanos mezclada con otras figuras, como la intervención por carácter humanitario y la responsabilidad de proteger, no está exenta de polémica. Por eso es útil hablar de la existencia de otra categoría:

“los principios de derecho internacional”, que junto con los derechos humanos constituyen un orden mínimo que no puede ser transgredido porque sería una violación del DI y en consecuencia susceptible de responsabilidad de los infractores. La existencia de ese OPI, que en la literatura ya ha recibido otro nombre como *ius publicum* contemporáneo, no es una invención teórica, es una constatación de la práctica de los componentes del sistema de relaciones internacionales.

Ahora bien, el control es un componente del ED, es un instrumento, una técnica para lograr y asegurar su plena satisfacción. Como sabemos, el derecho internacional opera en el sistema de relaciones internacionales y está compuesto de normas que responden a características específicas como su descentralización, a su vez, de ésta se derivan otras características, como la necesidad de crear un sistema de normas que lleven autocontrol. Esto es comprensible, pues al no existir un órgano que monopolice el control en la aplicación del derecho, los arquitectos del orden internacional (que son los mismos sujetos) han diseñado un sistema de control.

También hay que recordar que el DI está compuesto por una estructura normativa que tiene una lógica formal, pero al mismo tiempo posee principios que guían su aplicación. En otras palabras, el enfoque formalista es necesario para explicar la naturaleza del DI, pero no es suficiente, pues la estructura jurídica organizada y lógica del derecho posee principios que lo estructuran. Como bien lo observa y lo argumenta el jurista finlandés Martti Koskeinniemi cuando afirma: “Argumentaré que el derecho internacional opera y debe de operar como una técnica, formal, relativamente autónoma y además como un instrumento para introducir reivindicaciones particulares y agendas en el contexto de una lucha política”.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> La traducción es del autor, el texto original en inglés es: “I will argue that international law operates-and should operate-as a relatively autonomous formal technique as well as an instrument for advancing particular claims and agendas in the context of political struggle”. Koskeinniemi, Martti, “What is

Desde sus reductos soberanos, los sujetos crean el DI desde una perspectiva horizontal, buscando siempre ver satisfechos sus intereses particulares. Por supuesto, en la determinación del contenido, los sujetos tratarán de expresar sus intereses, valores y hacer que queden plasmados en las normas; sus únicas limitaciones serán el mismo DI y los controles internos que posea el derecho constitucional de cada sujeto.

Por eso la soberanía estatal tiene una expresión en dos momentos: en la negociación de los tratados internacionales y en su aprobación y ratificación, o en la aceptación o rechazo de la costumbre internacional. En cada etapa de creación, de formación del DI, hay una manifestación de la política internacional, y es el momento en el que los Estados se valen de los medios con los que cuentan para imponer sus intereses; los grupos de presión indudablemente ejercen influencia vía sus Estados y, asimismo, la sociedad civil por la vía de las ONG que presiona para que ciertas normas se incluyan en los tratados internacionales. Aquí también los negociadores, por supuesto, juegan un papel muy importante; la calidad, pericia y su compromiso con los intereses estatales son factor clave en el resultado del contenido de las normas. Pero no todos los Estados participan en la negociación de los tratados, por eso existe la figura de la adhesión, y es en donde tenemos otra oportunidad para la soberanía que se ejerce vía las reservas, si es que el tratado lo permite. En esta etapa de formación de las normas convencionales, el DI está provisto de conceptos especiales como la paz, la justicia, los derechos humanos, que dan oportunidad a los individuos o grupos para defender o expresar sus intereses particulares.<sup>25</sup>

El segundo momento de la expresión de la soberanía estatal se da cuando la norma convencional es recibida de acuerdo con las normas de recepción en derecho interno. Ésta es una oportunidad de ejercicio de la soberanía estatal que reconoce el DI,

International Law for?" en Evans, Malcom D. (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 96.

<sup>25</sup> Ésta es una observación de Koskeinniemi, Martti, *op cit.*

el cual sanciona con la nulidad absoluta, la adopción de tratados celebrados bajo coerción.

Por otra parte, hay una corriente doctrinal que manifiesta una influencia del derecho constitucional en el DI o, dicho de otra manera, “la internacionalización del derecho constitucional”. Esa tendencia, por ejemplo, se observa en los trabajos del jurista alemán Armin von Bogdandy; hablando del tema de la relación entre DI y derecho interno. Él postula tres tesis que giran alrededor de la pirámide kelseniana y propone desmantlarla, hablar de pluralismo jurídico y un “acoplamiento”.<sup>26</sup> Pero en realidad sus tres tesis no son nuevas, ya se encuentran desde hace más de una década en la doctrina de DI que habla no de pirámides jurídicas, ni de teorías monistas o dualistas sino de un derecho uniforme, con relaciones recíprocas entre derecho interno y DI, que se retroalimentan mutuamente, como en realidad sucede en la práctica.<sup>27</sup>

Determinar dónde se originan las instituciones jurídicas, podemos decir, es una labor meramente académica si tomamos en cuenta que el derecho es una creación de la mente humana. Lo que cambia es el objeto de regulación y el individuo se proyecta, se convierte en sujeto del DI y se coloca en el centro de la preocupación de ambos sistemas jurídicos, el DI y el derecho interno. Así, el DI “estatal” (que toma como centro al Estado) ha quedado rebasado. Si bien el Estado y, su esencia, la soberanía siguen siendo la base del DI, la fenomenología ha hecho que aparezca un sistema de normas o principios que son la columna vertebral, a lo que en este trabajo denominamos como OPI, un concepto toma-

<sup>26</sup> Véase, entre otros trabajos, Von Bogdandy, Armin, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Capaldo, Grisela *et al.* (dirs.), *Internacional del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 21-40.

<sup>27</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, 2013, pp. 12-18.

do del derecho constitucional interno, como pudiera haber sido tomada alguna otra institución jurídica, al fin, como toda construcción ideal, es una creación humana. A propósito, también el derecho internacional público y la doctrina están utilizando las figuras de este derecho para reinterpretar o bien acotar la hiperractividad de algunos órganos de las OI, como el CS.

Ahora bien, para efectos de nuestro tema hacemos la siguiente pregunta: ¿por qué hay obligación de cumplir con el DI? En principio, ésta es una pregunta que tiene su respuesta desde una perspectiva meramente formal, con una respuesta en el mismo derecho. El DI establece obligaciones para los Estados o en general para los sujetos del DI. Con base en el principio *pacta sunt servanda*,<sup>28</sup> contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe. Esta obligación puede ser extendida para el mismo derecho consuetudinario. Ahora bien, lo ideal es que los obligados por la normatividad internacional lo observen en materia de obligaciones internacionales ya que no hay duda de que existe un cumplimiento espontáneo por parte de los sujetos de DI; esta es, en algunos casos, la postura de muchos de los sistemas internos de recepción de las normas del derecho de gentes, pero la estructura del orden público internacional también provee de mecanismos mediante los cuales se obliga a su cumplimiento.

En los casos que no se cumpla voluntariamente el DI, a través de la historia, hemos visto también la evolución de los mecanismos

<sup>28</sup> Este principio ha sido reiterado por la jurisprudencia y un amplio número de normas internacionales de origen tanto convencional como consuetudinario, empezando por la Carta de la ONU, que en su preámbulo obliga a los Estados miembros “a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”; recordemos que el artículo 2.2 contiene la misma norma tomada de la costumbre internacional, y que también recogen la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

que el mismo derecho posee para que sea observado cabalmente. De esta manera, se le ha provisto de sistemas de control internacional, como las comisiones mixtas, las inspecciones recíprocas y los órganos de control, que obligan al Estado (concretamente a sus órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y al individuo en el caso del DHI. Después, hay una explicación fuera del derecho respecto a por qué y cómo se cumple el derecho internacional. Nos referimos a las respuestas que nos proporcionan las diferentes escuelas del pensamiento de las relaciones internacionales, es decir, las teorías funcionalista, realista, disgregacionista, crítica y constructivista.<sup>29</sup>

## II. LA EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Es innegable que antecedentes importantes en la configuración de los derechos humanos contemporáneos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sean vistos como modelos de organización jurídico-política, basados en la universalización de los derechos, así como la *Bill of Rights* de Virginia y la Declaración de Independencia estadounidense de 1776. Sin embargo, se puede afirmar que un momento importante en el moderno DI protector de los derechos humanos se encuentra en el siglo XIX con los primeros Convenios de Ginebra de 1864 y de la Haya de 1899 y 1907, sobre heridos y enfermos en tiempo de guerra, Conferencias de Paz de la Haya (1899 y 1907) que, como se ve, son limitadas puesto que se refieren a la protección de los seres humanos en la guerra, no en todo momento; es un derecho que trata de “humanizar” la guerra (si es posible humanizar lo que es esencialmente inhumano) y posteriormente el Pacto de la Sociedad de las Naciones, después de la Primera

<sup>29</sup> Un buen resumen de estas teorías se puede encontrar en Álvarez, José, *International Organizations as Law-makers*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 17-57.

## Guerra Mundial y la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En realidad, el punto de arranque del moderno derecho internacional de los derechos humanos lo tenemos con la Carta de San Francisco, la cual, en materia de derechos humanos, es una respuesta a los horribles crímenes cometidos por los nazis y en general en la contienda bélica. Sin embargo, no es una respuesta a los niveles de las necesidades de protección de los individuos.

En la negociación de la Carta de San Francisco se manifestó un movimiento claro que no llegó a ser lo suficientemente fuerte para imponerse, éste proponía la incorporación en la carta de un catálogo de derechos humanos, entre ese grupo promotor estaba el grupo latinoamericano que en Chapultepec ya habían establecido su posición. Es curioso que esta propuesta, que indudablemente sonaba adecuada y a tono con el discurso de posguerra, fuera rechazada por las grandes potencias vencedoras de la guerra, por cierto esgrimiendo el principio de no intervención en los asuntos internos.<sup>30</sup>

La Carta de San Francisco, si la vemos desde la perspectiva actual, es ambigua, de doble estándar, ya que por un lado tiene como uno de los principios cardinales del orden mundial de posguerra la no intervención “en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...”, y por el otro lado uno de sus propósitos es “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...”.

En otras palabras, la dicotomía derechos humanos-no intervención aparece en la Carta como elementos de contradicción que parecen irresolubles, pero que por mucho tiempo se manejan

<sup>30</sup> Véase Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 38.

por carriles separados sin que haya colisión y en otro momento, sobre todo cuando cae el equilibrio bipolar, se encuentran en plena pugna.

### III. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, UN DOCUMENTO DÉBIL POR SU NATURALEZA JURÍDICA

Como un elemento de desarrollo de los derechos humanos, a lo que la Carta de San Francisco se refería, la Asamblea General de la ONU adopta, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la cual fue considerada, inmediatamente, como la carta magna de la humanidad.<sup>31</sup> El concepto de declaración implica una posición *ius naturalista*, ya que con ella de lo que se trata es declarar los derechos ya existentes en las Constituciones y leyes de diferentes Estados o inclusive en el derecho consuetudinario; esto es trascendente pues su naturaleza jurídica originalmente es de una mera recomendación, es un documento jurídico no vinculante y eso se debe a las posturas de los Estados que los originaron.

Ahora bien, es universal por su vocación, por haber sido adoptada y promovida por la Asamblea General de la ONU que

<sup>31</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos es un documento extraordinario, constituye una mezcla del pensamiento occidental y la experiencia de la violación de los derechos de los hombres hasta el momento de su creación. Son perceptibles varias partes de la DHDH, en principio, los primeros once artículos toman las ideas de la Constitución estadounidense y de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre (vida, libertad y seguridad personal); los artículos 12 al 17 se refieren a los derechos de la sociedad civil; del 18 al 21 los derechos en la *polis*, “se remontaba a las ideas de la polis ateniense y abordaba los derechos políticos y democráticos”; finalmente, los artículos 22 al 27 se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales; son derechos de un carácter progresista (Kennedy, Paul, *El parlamento de la humanidad*, México, Debate-Random House Mondadori, 2008, p. 236, también Toro Huerta, Mauricio Iván del, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, 173 pp.).



tiene un carácter universal. También su universalismo se manifiesta en los Estados participantes (actualmente 193 miembros).

La Declaración, en realidad, era una expresión de buenos deseos más que de una realidad, pues por su naturaleza jurídica nace débil. Es el producto de la rivalidad entre los polos hegemónicos que ya se manifestaba con diferentes posturas ideológicas y que toman a la soberanía como un muro al principio impenetrable. El principio de no intervención en los asuntos internos, contenido en la Carta de San Francisco, era una reivindicación de los países débiles (como los latinoamericanos) que históricamente habían sido objeto de intervenciones internas, pero en el mundo de la GF era un alfil en la defensa de las potencias. En realidad se podría plantear el principio como no intervención en los asuntos de las hegemonías y de sus socios o aliados. Lo cual produjo un estancamiento en la protección de los derechos humanos, pues, como veremos, a partir de la DUDH se produjo una explosión de normas en la materia,<sup>32</sup> pero que se consideraban “programáticas” o bien con tratados internacionales que se dejaban al arbitrio de cumplimiento de los Estados miembros.

Aunque, hay que reconocerlo, la dicotomía soberanía-derechos humanos se inclina en favor de éstos, por lo menos teóricamente, ya que tenía una debilidad estructural: a la DUDH no se le consideró con fuerza jurídica vinculante. Ahí está el punto clave del asunto del control, mientras que la Carta de San Francisco es clara en cuanto al alcance de las resoluciones del Consejo de Seguridad (el órgano de control por excelencia de la seguridad internacional), a las cuales se les concedió fuerza jurídica vincu-

<sup>32</sup> A partir de la Declaración Universal se reproduce el fenómeno de que en el seno de la ONU la Comisión de Derechos Humanos, de la Asamblea General o bien del mismo ECOSOC, o de la OIT o de la UNESCO se aprueban documentos no vinculantes para después dar paso a documentos en forma de tratados, sobre materias particulares como por ejemplo niños (la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, después se aprobó la Comisión sobre los Derechos del Niño de 1989), mujeres (la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1979) y así en lo sucesivo.

lante, los derechos humanos garantizados por la Carta de San Francisco eran una mera aspiración de la comunidad internacional. Una resolución sin fuerza jurídica vinculante, sujetando su cumplimiento a la buena voluntad de los Estados.

Sin embargo, podemos decir que con la DUDH se marca el inicio del deterioro de la soberanía estatal en materia de derechos humanos y, por otra parte, no hay duda de que su contenido es jurídicamente obligatorio; evidentemente no vía la Declaración, ya que los Estados fueron claros, sino por sus posteriores posturas, lo que la convierte en derecho consuetudinario o bien siendo la “codificación” de este tipo de normas.

A partir de 1948, y en el marco de la ONU, los Estados empiezan a aprobar diferentes (por su naturaleza jurídica) instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos. Así se crea la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición de la Mujer; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952); las Reglas Mínimas de la ONU para el tratamiento de los reclusos (1955); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).<sup>33</sup>

Un paso importante en la evolución de la protección de los derechos humanos es sin duda la adopción en la década de los años sesenta de dos tratados internacionales; uno referente a los derechos civiles y políticos y el otro sobre los derechos económicos, sociales y culturales: el Pacto de Derechos Políticos y Civiles y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Aunque éste fue firmado y ratificado prácticamente por todos los gobiernos, “todo el mundo sabía que se trataba de aspiraciones, no de obligaciones establecidas por la ley, y que los diferentes países responderían de diferente modo tras la proclamación de esos “derechos”.<sup>34</sup> Con los dos pactos se convierten en normas positivas los derechos humanos que ya estaban

<sup>33</sup> Véase Kennedy, Paul, *op. cit.*, p. 240.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 241.

en la DUDH, pero todavía el camino hacia el respeto pleno de los derechos humanos es largo de recorrer.

A pesar de que durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta se dio una serie de violaciones graves de los derechos humanos, por ejemplo, en Estados Unidos la segregación racial, la represión de los movimientos estudiantiles el 2 de octubre de 1968 en México, las sangrientas dictaduras de América del Sur, la GF y el principio de no intervención fueron un obstáculo y un pretexto para que los Estados no admitieran el escrutinio en su interior para evaluar el cumplimiento de los derechos humanos.

El fin de la GF<sup>35</sup> trae consecuencias favorables a los derechos humanos, ya que los sistemas de control empiezan a funcionar. Recordemos el funcionamiento de la institución de la jurisdicción universal que tiene por objeto luchar contra la impunidad de los crímenes muy graves.<sup>36</sup>

Para el siglo XXI, podemos decir que se ha avanzado impresionantemente en una institucionalización de los derechos humanos con sistemas de protección a nivel mundial y regional (sistemas europeo, interamericano y africano) con un robusto cuerpo jurídico de carácter convencional; sin embargo, la violación de los derechos humanos sigue siendo una lastimosa realidad, de ahí que la importancia de los sistemas de control aumente.

#### IV. ¿LOS DERECHOS HUMANOS, UN ARMA IDEOLÓGICA?

No hay duda que los derechos humanos han sido parte de la política exterior y un objeto de discusión entre las potencias. Esta situación de politización de los derechos humanos en la esfera

<sup>35</sup> Algunos consideran que la fecha de fin de la Guerra Fría es 1989, cuando cae el muro de Berlín, otros consideran que es 1991 con el fin de la URSS, fecha idónea, más racional.

<sup>36</sup> Véase Benavides, Luis, "The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, pp. 19-96.

internacional ha causado un desequilibrio jurídico, ya que en aras de protección de los derechos humanos se vinculan otros derechos que también son fundamentales. El gran problema es que no ha sido siempre claro si el remedio fue adecuado, o bien haya empeorado la situación.

Los derechos humanos en el marco de la GF son, además, un elemento de confrontación entre los bloques.<sup>37</sup> Los derechos humanos son tomados como armas de un bloque hegemónico contra el otro. Por un lado, en forma contradictoria, Estados Unidos, que encabezaba el bloque capitalista, critica sistemáticamente la violación de los derechos humanos dentro del bloque socialista, sin embargo, protege y alienta a las sangrientas dictaduras del centro y sur de América, simplemente por su posición anticomunista; lo mismo sucede en el bloque socialista, con los países “hermanos” o “amigos” que tenían una orientación pro soviética, no obstante los bajos perfiles en el cumplimiento de sus derechos humanos.

En efecto, el uso político de los derechos humanos era evidente entre las grandes potencias; ambas se acusaban de violación de derechos humanos y hacían méritos para violarlos o proteger a los violadores y a sus aliados. Ese enfrentamiento entre los polos hizo que la aplicación efectiva de los derechos humanos fuera una mera expectativa y que los órganos de control en la ONU fueran un campo más de batalla ideológica. Los Estados Unidos criticaban los GULAGS soviéticos y la invasión de Hungría y Checoslovaquia y, por otro lado, apoyaban a un sangriento dictador como Pinochet y en general a las dictaduras sudamericanas que lo único que tenían de atractivo para la hegemonía del norte era su anti-comunismo.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel y Portilla Gómez, Juan Manuel, “El derecho internacional durante la Guerra Fría”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-FES Acatlán, 2008, pp. 181-208.

<sup>38</sup> Véase a Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2a. ed., México, Gernika, 1998, pp. 336-366.

Por otra parte, independientemente del maniqueísmo de los derechos humanos también hay una crítica a su carácter universal; por ejemplo, después de analizar el origen de la universalidad de los derechos humanos se afirma:

Más que una declaración de derechos humanos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 elaboró todo un programa político y constitucional de la modernidad en el que la idea de universalidad de los derechos ocupaba un lugar fundamental. Los derechos proclamados se ven como derechos naturales, inalienables e iguales para todos, de allí viene su universalidad.<sup>39</sup>

Sin embargo, esta postura no es aceptada unánimemente en la doctrina jurídica. Por ejemplo, la especialista en antropología jurídica Akuavi Adonon afirma:

Este origen occidental de los derechos humanos no puede considerarse como un defecto o una falla, simplemente implica que su universalidad no puede darse por sentada y en todo caso conviene contraerla tomando en cuenta que otras tradiciones políticas, filosóficas, morales y religiosas tienen maneras propias de concebir los valores y de amparar a sus miembros contra los excesos de la autoridad; maneras que son igualmente legítimas, operaciones y eficaces en el contacto de dichas tradiciones.<sup>40</sup>

En realidad lo que se plantea con esta posición es que estamos regidos por concepciones de DI y de derechos humanos que tienen su origen en Europa, que propone un universalismo, sin serlo, ya que se constituye con bases falsas (por ejemplo, un individualismo frente a una visión integral del ser humano).

<sup>39</sup> Adonon Viveros, Akuavi, “Conceptos fundamentales de derecho internacional a la luz de la antropología jurídica”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Unlenbrek, Klaus (coords.), *op. cit.*, p. 175.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 176.

En efecto, esta visión europea que se sigue manteniendo hasta la fecha no es nueva, Immanuel Wallerstein maneja que el universalismo (en realidad el europeísmo) ha sido la base teórica para justificar la expansión europea; él trae a colación la célebre controversia entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda. Wallerstein identifica el lenguaje retórico de justificación de la guerra con una nueva versión, el lenguaje de los derechos humanos construido a partir de 1948.<sup>41</sup> Así en forma maniquea nuevamente se utiliza el discurso de los derechos humanos como un pretexto para intervenir, primero bajo la figura de la intervención con carácter humanitario y después con la figura de responsabilidad de proteger.

Sin embargo, estas expresiones críticas lo único que nos manifiestan es que los derechos humanos son conceptos dinámicos y en evolución. En principio, en un concepto evolutivo e integral se debe poner en su justa dimensión el concepto de derechos humanos, tratando que incluya las diferentes concepciones culturales o de plano reconocer que el universalismo no es tal y en lugar está el pluriculturalismo. Después, rechazar la politización de los derechos humanos.

## V. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

En tal circunstancia, surge la cuestión ¿es posible hablar de un OPI que tenga como eje fundamental a los derechos humanos? Sí, siempre y cuando se acompañe al eje fundamental con la otra columna que son los principios de derecho internacional (PDI) que están contenidos en la Carta de San Francisco, en sus artículos 1o. y 2o. Este concepto de OPI es importante, como punto de referencia para la creación de un EDI.

Esta idea, de un orden superior, en realidad no es nueva. Como nos recuerda la internacionalista argentina Zlata Drnas de

<sup>41</sup> Wallerstein, Immanuel, *Universalismo europeo. El discurso de poder*, México, Siglo XXI Editores, 2007, p. 28.

Clement,<sup>42</sup> y juristas de la talla de Emer de Vattel (que hablaba de un “derecho de gentes necesario”), Johan Caspar Bluntschili (que hablaba de violaciones que atentan “a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”), Marcel Siebert (que hablaba de un orden público internacional, que está formado por reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos) y Gerald Fitzmaurice (que hablaba de tratados que van en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público”)

1. *Los principios de derecho internacional  
parte del orden público internacional*

Después de la Segunda Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda bélica diseñaron un nuevo orden mundial, que se plasma en la Carta de San Francisco que, aparte de su naturaleza convencional, es un instrumento que contiene una estructura normativa de carácter *erga omnes*, el cual a su vez es un eje jurídico esencial a partir de los PDI que la misma Carta reconoce. Y no sólo eso, sino que en su artículo 103 le da una jerarquía superior a la Carta de San Francisco respecto del ordenamiento jurídico internacional:

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

Con lo cual queda claro que su alcance es *erga omnes* y crea una jerarquización del derecho internacional. Los PDI son normas

<sup>42</sup> Drnas de Clément, Zlata, “Los principios generales del derecho internacional, público como base del orden público internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas*, Córdoba, Argentina, 2013, p. 63.

jurídicas fundamentales expresadas en forma categórica, que no son inmutables, dada su generalidad están sujetas a su concreción en la práctica.<sup>43</sup> Algunos los consideran como “formulaciones universales, de carácter normativo concreto, surgidas de la práctica internacional...”<sup>44</sup>

La naturaleza jurídica de estos PDI es consuetudinaria<sup>45</sup> y consensual y están contenidos en diferentes instrumentos jurídicos como la misma Carta de San Francisco (artículo 2o.), la Carta de la OEA (artículo 3o.); la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933; diferentes resoluciones de la Asamblea General,<sup>46</sup> que si bien originalmente han sido consideradas como jurídicamente no vinculantes no hay duda que han tenido un efecto normativo y en la práctica han sido parteaguas en las relaciones internacionales. Por ejemplo, tenemos la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1960 denominada Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que reconoce el principio de autodeterminación de los pueblos y que tuvo un efecto impresionante en la relaciones internacionales, al ser el marco jurídico del fenómeno de la descolonización de África y Asia en la misma década de los años sesenta. También es el caso de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 24 de octu-

<sup>43</sup> La Guerra Fría impidió el desarrollo pleno de estos principios.

<sup>44</sup> Drnas de Clément, Zlata, *op. cit.*, p. 50

<sup>45</sup> Además, véase el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua; al respecto se recomienda Gómez-Robledo, Alonso, *Corte Internacional de Justicia. El Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua*, México, UNAM, 2011, p. 149.

<sup>46</sup> Por ejemplo: Resolución 36/103 (XXXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Sobre Inadmisibilidad de la Intervención y la Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados, de fecha 21 de diciembre de 1965; la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970: Declaración Sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.



bre de 1970: Declaración Sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que es un especie (hablando en términos de derecho interno) de ley reglamentaria de los artículos 1o. y 2o. de la Carta de San Francisco. Estas normas jurídicas fundamentales están expresadas en los siguientes principios:<sup>47</sup>

- La igualdad soberana de los Estados;
- El cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas;
- La solución pacífica de controversias;
- La prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado;
- La no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados; y
- La cooperación internacional.

A estos principios se pueden agregar otros más, algunos que provienen de áreas especiales del derecho internacional, como el derecho internacional del medio ambiente. Por supuesto, detrás del contenido de los principios de derecho internacional hay una historia y contenido político. Por ejemplo, la historia de intervenciones militares en contra de Estados latinoamericanos, desafortunadamente ha sido abundante y por lo tanto el principio de no intervención ha tenido una importancia más allá de lo que pudiera ser para los europeos.<sup>48</sup> La naturaleza no sólo convencional sino consuetudinaria de estos principios ha sido reconocida por

<sup>47</sup> Véase Gómez Robledo Verduzco, Alonso, “La práctica exterior mexicana: sus principios fundamentales, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, pp. 197-217.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, la obra del jurista mexicano Castañeda que se refiere al principio de no intervención: Castañeda, Jorge, “El principio de no intervención”, *Obras Completas*, vol. I, Instituto Matías Romero-SRE-Colegio de México, 1995.

la CIJ en algunas de sus sentencias; la mención más sobresaliente es la que se hizo en el famoso *Caso Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua*.<sup>49</sup> Decisión trascendente que ha sido punto de partida para otras opiniones de la CIJ, como en su Opinión Consultiva en el asunto “Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory” de 2004, en donde la CIJ afirmó:

87. “(...) On 24 October 1970, the General Assembly adopted resolution 2625(XXV), entitled Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States” (hereinafter “resolution 2625 (XXV), in which it emphasized that “no territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal”.

## 2. Características del orden público internacional

Así, el orden público, de componentes múltiples, es un límite de actuación de los sujetos de las relaciones internacionales. Su actividad no puede rebasarlos porque violaría el EDI. Aquel sujeto del DI que vaya en contra de un principio estaría violando el ED por no ajustarse a él. Esto es muy claro en el caso de las normas de *jus cogens*, que algunos identifican con el orden público; cualquier acto en contrario está viciado de nulidad absoluta conforme a la Convención de Viena 1969 sobre Derecho de los Tratados.

El concepto de orden público es amplio, va más allá del de *jus cogens*, este OPI que constituiría una especie de segundo piso normativo está formado por las normas de derecho penal, derechos humanos, derecho humanitario y los principios de derecho inter-

<sup>49</sup> “185 In the present dispute, the Court, while exercising its jurisdiction only in respect to the application of the customary rules of non-use of force and non-intervention, cannot disregard the fact that the Parties are bound by these rules as a matter of treaty law and of customary international law”. Véase Gómez Robledo, Alonso, *Corte Internacional...*, cit., p. 88.

nacional. Dentro de las normas de derechos humanos se encuentran las normas del derecho internacional del medio ambiente. Por ejemplo, en América Latina el artículo 11 del Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), proclama el derecho a un medio ambiente sano:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Como sabemos, los derechos humanos están interrelacionados y tal es el caso con el medio ambiente, que se interrelaciona con el derecho a la salud, con la consulta previa en caso de derechos indígenas, etcétera. Esta interrelación se puede constatar con algunas decisiones de la Corte IDH, que toca tangencialmente al medio ambiente.

Por otra parte, uno de los problemas que se plantea la doctrina de DIP cuando se habla de la posibilidad de la existencia de un ED es precisamente la soberanía, como una suerte de impedimento esencial en la creación de límites o de controles a la actuación de los Estados. Aunque la soberanía juega un papel importante, no lo es todo. En realidad no es tal el problema por dos razones: la primera, porque estamos hablando de la creación de un sistema de ED que incluye a todos los sujetos de derecho internacional, en donde sólo el Estado, encuentra limitaciones técnicas en la soberanía, y la segunda, es que, precisamente, gracias a la soberanía se ha creado una red muy importante de derechos humanos que por sus características específicas pueden servir como referencia.

En efecto, el EDI debe tener puntos de referencia, o para ser más precisos, debe contar con límites. Estos se han formado con la evolución de ciertas normas como es el caso de los derechos humanos, que en conjunto con las normas de derecho humani-

tario internacional, las normas derecho penal internacional y los principios de derecho internacional constituyen un orden público internacional, ya que gozan de ciertas características a las que nos referiremos a continuación.

Los derechos humanos están regidos por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad; y se aplica el principio como *pro persona*.<sup>50</sup> En la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario y de los derechos humanos internacionales se aplicará el principio *pro homine*, es decir, en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. Un mecanismo de carácter hermenéutico que tienen las normas de derechos humanos que por supuesto no se aplican a los tratados en materia comercial, por ejemplo.

No rige el carácter sinalagmático que es común en los tratados internacionales de otro tipo; establecen obligaciones no sólo para los Estados partes, sino para los individuos que forman parte de la jurisdicción de aquellos. Este concepto está expresado en la conocida OC de la CIJ de fecha 1951:

En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios, solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.<sup>51</sup>

En efecto, muchos, y podríamos decir la mayoría, de los tratados en materia de derechos humanos son logrados no gracias a la bondad de los representantes de los Estados, sino son productos de presiones, de luchas populares, de legítimos reclamos de la sociedad civil, es por esto que los tratados internaciona-

<sup>50</sup> Véase Castañeda, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, CNDH, 2015, p. 315.

<sup>51</sup> OC del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la convención para la prevención y sanción del Delito de Genocidio CIJ, *Recueil*, 1951, pp. 23 y 24.

los de derechos humanos pierden el carácter sinalagmático que poseen los tratados normales, en donde hay una negociación de contra prestaciones mutuas entre los Estados participantes. En el caso de los tratados en materia de derechos humanos hay derechos para los ciudadanos y obligaciones para la estructura, o podemos decir, también, los poderes del Estado.

...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino con los individuos bajo su jurisdicción...<sup>52</sup>

#### *A. Reglas diferentes en materia de derecho internacional humanitario*

En lo que respecta a los tratados de derecho humanitario internacional, como sabemos, el derecho de Viena 69 establece la facultad de dar por terminado un tratado internacional cuando la otra u otras partes hayan incumplido; sin embargo, se establece una excepción en caso de tratados en materia de derecho humanitario: “No se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, párrafo 29.

<sup>53</sup> Artículo 60.5 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Además, no es posible denunciar a un tratado de derecho humanitario internacional mientras la parte que pretende renunciar se encuentre en un conflicto armado. En efecto, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional contienen una norma común que así lo expresa: “...la denuncia notificada cuando la potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se hayan concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio”.<sup>54</sup>

### B. *El carácter de jus cogens de algunas de sus normas*

Algunas de las normas que forman parte del OPI son de *jus cogens*.<sup>55</sup> No todas, por eso decimos que no se puede identificar al OPI con las normas de *jus cogens*. Por ejemplo, la prohibición de la tortura, la esclavitud, el genocidio, etcétera, forman un núcleo duro de normas que son imperativas, y no se puede convenir en contrario. También los principios de derecho internacional que en su mayoría son normas de *jus cogens* son el punto de referencia y límite a la actuación de los sujetos de derecho internacional. No obstante que hay un embate contra ellos.

### C. *El carácter erga omnes de sus disposiciones*

Las normas del OPI, son de carácter obligatorio general, tienen validez *erga omnes*. Este concepto fue introducido, por primera vez, en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, en el cual se menciona que “el respeto de las normas de los derechos humanos fundamentales, como la prohibición del genocidio, de la

<sup>54</sup> Artículos 63, 62, 142, 158 de los Cuatro Convenios de Ginebra respectivamente.

<sup>55</sup> Véase Orakheshvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, UK, Oxford University Press, 2009.

esclavitud, de la discriminación racial y la tortura caben dentro de esta definición”.<sup>56</sup>

En el caso concreto de las normas del derecho humanitario internacional son de carácter *erga omnes* ya que los Estados tienen una doble obligación, por un lado están obligados a respetar y hacer respetar sus normas. “Una obligación (la de respetar) se asume en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la comunidad internacional”.<sup>57</sup>

#### *D. Irrenunciabilidad de las normas de derecho humanitario internacional*

Son irrenunciables por las personas a quienes protege, ya que ellas “no podrán en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere”.<sup>58</sup> Así, las normas del derecho humanitario internacional, de los derechos humanos, las del medio ambiente y las del derecho internacional penal (que cuentan con una serie de normas de carácter sustantivo) y con los principios de derecho internacional, crean un orden público internacional,

<sup>56</sup> Tardif, Eric, *Intervención humanitaria. ¿Derecho, deber o prohibición?*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 21. Los párrafos 33-34 del Caso de la Compañía Barcelona Traction, al referirse a las obligaciones *erga omnes* dice: “34 Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el derecho internacional general (Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio, Opinión consultiva CIJ., Recueil 1951, página 23); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal)”, Tomado de: Bernal Vereza, Carlos, *Textos, materiales y decisiones judiciales de derecho internacional*, México, Porrúa-ITAM, 2011, p. 462.

<sup>57</sup> Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Perú, Idehupuep-CICR-Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 35.

<sup>58</sup> Artículos 7, 7, 7 y 8 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente

una especie de segundo piso que complementa al derecho interno y que va en contra de la impunidad. El reconocimiento de este OPI obliga a los Estados a adecuarse a él y a proteger mejor a sus ciudadanos y de esa manera es posible lograr una inserción en las relaciones internacionales, en forma más armónica con el derecho internacional.