



# EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el marco del Estado de derecho

MANUEL **BECERRA RAMÍREZ**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

EL CONTROL DE LA APLICACIÓN  
DEL DERECHO INTERNACIONAL  
En el marco del Estado de derecho

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 234

---

## COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Elaboración de portada*

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

EL CONTROL  
DE LA APLICACIÓN  
DEL DERECHO  
INTERNACIONAL  
En el marco del Estado  
de derecho

*Segunda edición*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2017

Primera edición: 5 de diciembre de 2013

Segunda edición: 21 de abril de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9098-5

A mi madre, la señora María Teresa Acevedo

## CONTENIDO

Abreviaturas . . . . .	XV
Prólogo . . . . .	XIX
José Ramón COSSÍO D.	
Introducción . . . . .	XXIII
Manuel BECERRA RAMÍREZ	

### CAPÍTULO I HACIA LA CREACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

I. Introducción . . . . .	1
II. La creación de un orden mundial de posguerra y su transformación . . . . .	2
III. El problema de la eficacia del derecho internacional .	3
IV. Concepto de Estado de derecho . . . . .	5
V. El Estado de derecho a nivel internacional . . . . .	9
VI. El Estado de derecho en la ONU . . . . .	10
VII. El Estado de derecho promovido en el interior de los Estados. Una evidente ambigüedad. . . . .	13

CAPÍTULO II  
CREACIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO  
INTERNACIONAL

I. Introducción . . . . .	17
II. La evolución de las normas en materia de derechos humanos . . . . .	22
III. La Declaración Universal de Derechos Humanos, un documento débil por su naturaleza jurídica . . . . .	24
IV. ¿Los derechos humanos, un arma ideológica? . . . . .	27
V. El orden público internacional . . . . .	30
1. Los principios de derecho internacional parte del orden público internacional . . . . .	31
2. Características del orden público internacional. . . . .	34

CAPÍTULO III  
EL SISTEMA DE CONTROL INTERNACIONAL  
DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES  
INTERNACIONALES

I. El origen del control . . . . .	41
II. Las zonas grises del control . . . . .	48
III. Control judicial . . . . .	49

CAPÍTULO IV  
EL CONTROL EN LOS ORGANISMOS  
INTERNACIONALES

I. Introducción . . . . .	53
II. El control en la ONU . . . . .	53

Los órganos de derechos humanos. Mecanismos para la protección y la promoción de derechos humanos.	55
III. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU . . .	58
IV. El Consejo de Derechos Humanos . . . . .	61
1. La Revisión Periódica Universal . . . . .	64
2. Eficacia de la Revisión Periódica Universal, un ejercicio costoso. . . . .	65
3. El sistema de procedimientos especiales . . . . .	70
4. El procedimiento de queja ( <i>Complaint Procedure</i> ) . . .	71
5. El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. . . . .	72
V. El Tercer Comité de la Asamblea General . . . . .	72
VI. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos . .	73
VII. El Consejo de Seguridad y la seguridad internacional como parte del control. . . . .	73
1. La seguridad internacional durante la Guerra Fría .	74
2. El fin de la Guerra Fría y los acontecimientos del 11 de septiembre . . . . .	76
3. Un nuevo concepto de seguridad internacional. . .	78
4. El activismo del Consejo de Seguridad y su legalidad . . . . .	79
5. Las decisiones <i>ultra vires</i> del Consejo de Seguridad .	83
VIII. Control judicial internacional. La Corte Internacional de Justicia. . . . .	90
1. El carácter voluntario de la Corte Internacional de Justicia . . . . .	92
2. Órgano político y judicial . . . . .	94
3. La Corte Internacional de Justicia también fue “rehén” de la Guerra Fría . . . . .	94

CAPÍTULO V  
EL CONTROL POR ALGUNOS TRATADOS  
INTERNACIONALES

I. Introducción . . . . .	97
II. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . . . . .	97
Protocolo Opcional del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. . . . .	99
III. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos . . . . .	104
1. El Comité de Derechos Humanos . . . . .	105
2. El Protocolo Opcional I del Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos. . . . .	109
3. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte . . . . .	110
IV. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes . . . . .	110
1. Investigación <i>in situ</i> . . . . .	113
2. Denuncia de Estado a Estado . . . . .	113
3. Denuncia de los individuos . . . . .	115
4. Notas sobre la efectividad del sistema de la Convención contra la Tortura . . . . .	116
V. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. . . . .	119
VI. La naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los organismos de control . . . . .	120

## CAPÍTULO VI

EL CONTROL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS

I. Introducción . . . . .	123
II. El control de convencionalidad . . . . .	125
III. Del <i>Caso Almonacid</i> a la evolución actual del Control de la Convencionalidad . . . . .	126
IV. Las críticas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¿Hasta dónde pueden llegar los efectos de las sentencias de la Corte IDH?. . . . .	130
V. Los minus en el sistema interamericano . . . . .	138

## CAPÍTULO VII

CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD  
EN EL CASO DE MÉXICO

I. Introducción . . . . .	141
II. La decisión de los tribunales nacionales como parte de la práctica del Estado . . . . .	141
III. Control de la convencionalidad, fortalecimiento de la recepción del derecho internacional convencional . .	145
IV. El <i>Caso Radilla</i> y su impacto en las cortes mexicanas .	147

## CAPÍTULO VIII

LAS DECISIONES *ULTRA VIRES*  
DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

I. El sistema de la ONU en materia de protección de los derechos humanos . . . . .	155
---	-----

II. Corte IDH ¿Control sobre el control? . . . . .	158
III. La restructuración de la Corte IDH . . . . .	159
Epílogo . . . . .	163
Bibliografía . . . . .	167

## ABREVIATURAS

ACDH	Alto Comisionado para los Derechos Humanos
BM	Banco Mundial
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Control de Convencionalidad
CCT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CDHONU	Comisión de Derechos Humanos de la ONU
CDH	Consejo de Derechos Humanos de la ONU
CDHB	Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CS	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
CSW	Comisión de la Condición de la Mujer
DAW	División para el Adelanto de la Mujer
DESA	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales

DHI	Derecho Humanitario Internacional
DI	Derecho Internacional
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social
ED	Estado de Derecho
EDI	Estado de Derecho Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FMI	Fondo Monetario Internacional
GF	Guerra Fría
HABITAT	Programa Humano de los Establecimientos de Naciones Unidas
IASC	Comité Permanente entre Organismos
OACDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
OC	Opinión Consultiva
OCHA	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios
OI	Organismos Internacionales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
OPI	Orden Público Internacional
OSAGI	Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte

ONU	Organización de las Naciones Unidas
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
PDI	Principios de Derecho Internacional
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
RPU	Revisión Periódica Universal
RUGB	Reino Unido de la Gran Bretaña
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SI	Seguridad Internacional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIAR	Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNFPA	Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNIFEM	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer
UNAIDS	Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre HIV/AIDS

## PRÓLOGO

Desde hace algunos años, tal vez ya décadas, el derecho internacional se ha constituido en modelo para los órdenes jurídicos nacionales. Si no respecto de la totalidad de éstos, sí en algunas materias específicas, tales como los derechos humanos o el sistema de fuentes, por ejemplo. Esta función modélica obedece en mucho a la mayor flexibilidad o, si se quiere con otra metáfora, porosidad, del derecho internacional, derivado en buena medida por la manera descentralizada de producción de sus normas, así como por la complejidad de los problemas o temas que en él suelen presentarse. De algún modo que va haciéndose “normal”, los juzgadores, litigantes o académicos que trabajamos con derecho doméstico buscamos identificar, al menos en las materias que apunté, qué y cómo determinados aspectos están regulados por el derecho internacional para, desde ahí, aprovecharlos o proyectarlos sobre los órdenes nacionales, sea esto en la forma de normas o de categorías analíticas o postulados respecto de los propios órdenes nacionales.

Además de esta influencia “normativa”, hay otro aspecto en el cual el derecho internacional viene determinando la comprensión del nacional. Éste no es estrictamente normativo, aun cuando pudiera llamarlo, sin ningún afán denostativo, “ideológico”. Tomo como punto de partida lo afirmado por Rosalyn Higgins en su influyente *Problems and Process: International Law and How We Use it*.<sup>\*</sup> Al igual que esta autora, para el derecho internacional crecientemente se considera que los órdenes nacionales y, en particular los correspondientes textos constitucionales, tienen su determinada “intencionalidad”. Ello se entiende en el sentido de que los

\* 6a. reimp. de la 1a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 8-10.

titulares de los órganos nacionales, quienes litigan o actúan frente a ellos, e inclusive quienes trabajan en la explicación de tales normas, deben realizar un ejercicio de identificación, ordenación y explicación guiado por la “intencionalidad” del orden jurídico mismo. Si esto es o no así, no es tema a discutir aquí, sino que únicamente identifico el hecho o, mejor, esta segunda función de guía del derecho internacional sobre los órdenes nacionales.

El sentido inverso al que acabo de aludir no es frecuente. Esto es, no resulta común o, al menos y con plena conciencia de la vaguedad del lenguaje, no tan común, que el derecho internacional considere elementos normativos ni puntos “ideológicos” procedentes de los órdenes jurídicos nacionales o de la doctrina que se elabore para explicarlos. Creo —y con ello me aventuro en un campo en el que en modo alguno soy experto— que ello se debe al aislamiento en que opera el derecho internacional y su dogmática jurídica. Los cultivadores de uno u otro campo suelen destacar las peculiaridades del objeto con el que, y si bien para distintos fines, trabajarían: que es un orden jurídico precisamente distinto a los domésticos; que está en proceso de evaluación para llegar a ser como éstos; que el sistema de fuentes está profundamente descentralizado; que las explicaciones deben hacerse a partir de una intencionalidad como la ya apuntada, etcétera. Desde ahí hacen sus respectivas elaboraciones y, por ello creo, generan una situación de relativo aislamiento.

En este contexto de relaciones entre el derecho internacional y los órdenes nacionales es que resulta de particular interés este libro de Manuel Becerra que hoy tengo el gusto de prologar. La tesis central del libro es relativamente simple, pero no por ello obvia o inadecuada: el orden jurídico internacional tiene que adquirir algunas de las notas materiales propias de los órdenes jurídicos nacionales; específicamente las constitutivas del Estado de derecho predicable de éstos y, más particularmente, el concepto y las funciones del control. La línea argumentativa planteada por el profesor Becerra es, en términos generales, la que a continuación expongo.

Él parte de la narrativa estándar de la construcción del concepto material de Estado de derecho generado a partir de la segunda posguerra mundial; del mismo son postulables ciertas notas materiales específicas, algunas generadas desde el constitucionalismo originado hacia fines del siglo XVII y otras con motivo de diversas teorías o acontecimientos históricos generados con el devenir de los años. Tales elementos constitutivos del concepto de Estado de derecho son muy importantes tanto para la caracterización del orden jurídico como, a partir de ahí, de la estructura de su sistema de fuentes, las relaciones entre los órganos del Estado entre sí y con respecto de los particulares, por ejemplo. Estos elementos —podría seguirse diciendo en vía de síntesis— son tan relevantes para la caracterización material y formal de los órdenes jurídicos nacionales que, por lo mismo, *debieran* ser incorporados o realizados, ahí donde ello no se esté dando, en el orden jurídico internacional. Por decirlo de esta manera, lo que el profesor Becerra propone es dotar al orden internacional de elementos materiales con el fin de hacerlo más semejante a lo que, al menos idealmente, se entiende por Estado de derecho. No sé si lo que el autor nos propone finalmente es la universalización del concepto Estado de derecho para hacerlo “común” a todo orden jurídico, sea éste nacional o internacional, o si está suponiendo que el mismo es propio de los nacionales, pero puede ser “llevado” o “reflejado” en el internacional. Sea cual fuere su punto de vista, lo que está claro es la búsqueda de una convergencia en los términos señalados.

Apuntada y justificada la necesidad de esta coincidencia, Becerra analiza la manera en la que los mecanismos de control están presentes en el derecho internacional para, precisamente, considerar si resulta o no posible el acercamiento o mejoramiento a partir del modo como los mismos mecanismos operan en los órdenes nacionales caracterizados como Estado de derecho. No voy a reproducir aquí los temas acabados de mencionar, pues ello forma la parte esencial del libro y cada lector debe hacer su propio esfuerzo. Cada cual debe entender lo que él propone, acep-

tando, enfrentando o ajustándolo. Por lo mismo, me he limitado a apuntar algunas claves de comprensión o, al menos, de lo que a mí me parece es el rumbo correcto de entendimiento de las tesis del autor.

Visto el libro en su conjunto, me parece que el autor cumple de un modo distinto e inteligente el viejo afán de muchos internacionalistas: lograr que el orden internacional sea crecientemente centralizado y más eficaz. Dicho de otra forma, que debido a la manera en la que se produzcan las normas, actúen los órganos, se controlen las normas y actos o se aplique la coacción, por ejemplo, el orden internacional “se parezca más” a los órdenes nacionales. La estrategia de Becerra, decía yo, es inteligente, pues lejos de plantear este “acercamiento” nada más porque sí, o como resultado de un deber ser un tanto metafísico, utiliza un concepto material bastante extendido y aceptado (el de Estado de derecho) para orientar hacia él el desarrollo o la evaluación del derecho internacional. Aquí ya no se busca que los casos se den “porque sí” en un determinado sentido, por el contrario, se busca lograr que un constructo social legitimado oriente el modo en que debiera, aquí sí, construirse el orden internacional.

Además del gusto académico que me produjo la lectura de este libro a fin de elaborar este prólogo, haberlo escrito me produjo la gran alegría de colaborar, de algún modo, en la obra de una persona muy querida, quien ha sabido mantenerse constante y solidario para conmigo desde que lo conocí en 1985.

José Ramón COSSÍO D.

## INTRODUCCIÓN

El cumplimiento del derecho internacional (DI) tiene diferentes niveles, el primero, el mayoritario, es el que se cumple en forma voluntaria. Es el que fluye, sin ningún problema y el que es invisible, se crea y se cumple, sin mayor espectacularidad. Pero, hay otro nivel, el que no se cumple, es el que en mayor medida está sujeto a escrutinio público; es la “patología” del DI, es visible para todo mundo, el que llama la atención; pero por ser minoritaria, no nos confundamos, no es una esencia de este orden jurídico.

En la evolución del derecho (tema que tocamos en este libro) se ha creado un sistema de normas que forman una institución que se le conoce como control de la aplicación del DI. El control tiene un doble carácter; vigila, revisa si se cumple con la normatividad internacional, en este sentido tiene un carácter preventivo, pero también constata, dicta resoluciones y sentencias sobre la violación del DI, aquí actúa *ex post facto*, en forma remedial.

A excepción del control que ejerce el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (CS), los sistemas de control carecen de coerción, así es que se apoyan en el Estado, y aquí es donde encontramos otro tipo de control. El Estado investido de toda su capacidad soberana, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, tiene una doble obligación no por todos los Estados reconocidos: cumplir de buena fe el DI a que se ha obligado en el interior del Estado y, en dado caso, cumplir con las recomendaciones o sentencias dictadas por los órganos de control.

El tema del control está íntimamente ligado con el de Estado de derecho internacional (EDI), ya que tiene que ver, entre otros, con la estricta aplicación de la normatividad internacional, la existencia de sistemas de pesos y contrapesos, la existencia de

garantía de derechos y libertades fundamentales de los Estados. El concepto de Estado de derecho (ED), que tiene su origen en el derecho interno y que está ampliamente desarrollado en la doctrina jurídica, en el plano internacional lo tomamos como un modelo a seguir, ya que en el sistema de las relaciones internacionales está en *status nascendi*.

Consideramos que ese EDI en formación ya tiene bien delineado un orden público internacional (OPI) que es como un segundo piso de la normatividad interna; es un punto de referencia y al mismo tiempo limita de la actuación de los sujetos de DI, predominantemente los Estados y las organizaciones internacionales. Con estos elementos es posible describir y analizar diferentes tipos de control que funcionan actualmente en el ámbito internacional, lo que nos lleva a otro tema patente en el sistema de las relaciones internacionales: la actuación *ultra vires* de los órganos de control.

Con todos estos antecedentes, posteriormente, trataremos el tema del funcionamiento del sistema de control en el interior de los Estados, y para eso nos detenemos en México con el tema de “control de convencionalidad”, que ha sido objeto de la atención de la doctrina de derechos humanos, derecho constitucional y por supuesto del DI.

Este trabajo que ponemos a consideración de los lectores fue hecho posible gracias a la participación de varias personas e instituciones que merecen nuestro reconocimiento y agradecimiento. En principio, la investigación fue planteada y desarrollada en el seminario *Hacia un Estado de Derecho Internacional*, en el cual participan colegas distinguidos que con sus ideas y observaciones aportaron críticas a lo que se iba planteando en el transcurso de la misma y en relación con la línea de investigación por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, mismo que también fue apoyado en su primera edición, por el Proyecto PAPIIT IN 308804 de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA). Agradecemos profundamente a los colegas y a ambas institucio-

nes por haber apoyado y hacer posible que se mantenga la investigación en nuestro país.

En forma particular, agradecemos los comentarios y sus aportes a los doctores Luis Benavides, Juan Manuel Portilla y Alberto César Moreira. También, es justo y oportuno agradecer, por su diligencia y trabajo siempre entusiasta, a los jóvenes asistentes de investigación tanto de esta investigación, como en general del proyecto PAPIIT, a Diego Alonso Amante Soria, Rodrigo Emilio Castro Bizarrete y Xavier Jared Ramírez García de León.

Por último, no es ocioso mencionar que el autor es el único responsable de los errores que este texto pueda tener.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

## CAPÍTULO I

# HACIA LA CREACIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

### I. INTRODUCCIÓN

El DI es un sistema jurídico específico ya que, a diferencia del derecho interno de los Estados, es un sistema descentralizado en cuanto que no tiene órganos creadores, ni ejecutores de las normas jurídicas internacionales y, aún más, la jurisdicción está a manos de los mismos sujetos del DI.<sup>1</sup> Esto es muy importante mencionar porque pensar en la creación de un EDI en el concepto que se conoce en derecho interno parecería una idea fuera de la realidad, pues, como se verá, su creación dependería de la existencia de un sistema descentralizado para que se pudiera diferenciar claramente una división de los poderes y de esa manera crear un sistema de pesos y contrapesos, como elemento, para algunos, *sine qua non* en la creación de un ED. La situación no es tal, pues como se verá, el EDI no se puede tomar a pie juntillas de la experiencia interna. La propuesta teórica de la creación de un ED, así como la constatación de su evolución, va hacia la creación de un ED *sui generis*, un sistema específico que toma algunas características teóricas del derecho interno, pero no se imita, no se calca, sólo toma algunas características y las adecua a la realidad internacional.

El concepto de EDI se puede estudiar desde la perspectiva de un modelo para la propuesta de instituciones internacionales,

<sup>1</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991, pp. 11 y 12.

o bien desde la perspectiva de una manera de constar la evolución de las relaciones internacionales; en esta ocasión trabajamos conjuntamente con ambas perspectivas. Pero eso nos da las bases desde las cuales analizamos el fenómeno del control del DI, institución que nace en el siglo XIX y en el presente trabajo veremos cómo funciona y evoluciona hasta llegar a nuestra época.

## II. LA CREACIÓN DE UN ORDEN MUNDIAL DE POSGUERRA Y SU TRANSFORMACIÓN

Generalmente después de importantes acontecimientos que hacen de partaguas en la historia de la humanidad se ha producido una evolución de la estructura jurídica internacional; tal es el caso, en el siglo pasado, con el fin de la Segunda Guerra Mundial (II-GM), de la creación de un orden mundial caracterizado por un desarrollo importante de la organización internacional, un sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), formado por organismos internacionales (OI) vinculados precisamente a este organismo internacional, en una especie de sistema solar y al mismo tiempo la codificación del DI en diferentes y destacados campos, y que contienen normas indudablemente de cumplimiento general (las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar son dos ejemplos significativos).<sup>2</sup>

Por supuesto, también ejercieron influencia otros fenómenos de las relaciones internacionales como la Guerra Fría (GF), cuando, a pesar del enfrentamiento político ideológico de las dos hegemónicas, socialista-capitalista, se lograron acuerdos básicos en

<sup>2</sup> Sobre ese desarrollo importante, que incluye un análisis del derecho durante la Guerra Fría, remitimos al lector a: 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.

la creación de una infraestructura de organización internacional y de tratados internacionales de carácter universal<sup>3</sup> y sobre todo una estructura de derechos humanos con los límites que imponía la lucha ideológica, escudada en la soberanía estatal (como lo veremos más adelante).

En este momento el sistema de relaciones internacionales sometido a un dinamismo de cambio, producido por el fin del sistema bipolar y la revolución tecnológica, a su vez, presiona al orden internacional hacia una transformación y hace urgente un nuevo orden internacional, con base en un sistema de controles, de transparencia y de aplicación estricta de la legalidad.

Así, la institución del control en DI es una respuesta natural a la preocupación de que las normas del DI se cumplan, pues “para atribuir un derecho basta con que una norma lo haga para garantizarlo”, “no es suficiente proclamarlo”, “es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección”.<sup>4</sup>

### III. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

A propósito de la evolución del DI a la cual nos referimos, hay que mencionar que uno de los grandes problemas de este orden normativo es su eficacia. La doctrina le destina un gran espacio, pues tiene que ver con su naturaleza, su fuerza jurídica y los medios con que cuenta para que sus normas se apliquen.<sup>5</sup> En cuanto a su naturaleza mucho se ha escrito al respecto; se habla de que el DI en realidad tiene una naturaleza de normas morales, pues no tiene el elemento de coacción que acompaña a

<sup>3</sup> Nolte, George, “Sobre la crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 227-248.

<sup>4</sup> Guastini, Ricardo, “Derechos: una contribución analítica”, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, 2001, pp. 220-224.

<sup>5</sup> Sahovic, Milan, *Le probleme de l'Efficacité du droit International*, 1996, p. 275.

las normas jurídicas y esto se traduce en una pobre eficacia de la normatividad.

Al respecto, independientemente de que en el tema de la eficacia hay que tomar en cuenta también el cumplimiento voluntario de las normas, y que en el caso del DI, en términos generales, hay un gran nivel de cumplimiento, este sistema posee sanciones y el elemento coercitivo es todavía irregular, pero no demerita su carácter jurídico.

Otros hablan de que es un derecho primitivo en evolución. Consideramos que esta percepción es falsa, pues no toma en cuenta la naturaleza misma del DI que tiene que ver con su carácter de sistema jurídico específico y erróneamente se considera que el DI tiene que ser o evolucionar a la imagen y semejanza del derecho interno de los Estados.

Además, no lo consideramos primitivo; es tal cual, responde a las características específicas del sistema de relaciones internacionales y sin duda tiende a evolucionar. Precisamente esa evolución se manifiesta en el tema de los mecanismos de aplicación del DI que aquí lo identificamos como el control, el cual se ha desarrollado y sigue en evolución a la par de la organización internacional; es decir, el control de la aplicación del DI nace junto con los OI y está en constante evolución. Es un sistema en evolución que si bien raramente tiene elementos de coacción (los tiene en el caso del CS), no deja de tenerlos vía el derecho interno de los Estados que todavía monopolizan la acción coercitiva.

De esta manera, la eficacia del DI es un problema relativo, pues si tomamos la gran cantidad de normas, por ejemplo, de carácter convencional, veremos que la mayoría se cumple de manera voluntaria y automática; por otro lado, la ineficacia de muchas normas tiene que ver con la arquitectura internacional, en donde los Estados todavía no aceptan del todo ceder parte de su soberanía en lo que respecta a la coerción de aplicación de las normas internacionales, todavía está sujeta a la soberanía estatal.

El problema de la eficacia del DI está íntimamente relacionado con el ED, pues, como veremos más adelante, tiene que ver con la aplicación de sus normas, y a su vez este tema está relacionado con los sistemas de control, son una respuesta a la ineficacia de la normatividad internacional. El control llega a tocar a las puertas de los Estados y les dice: “no has cumplido con tus compromisos internacionales, debes de cumplirlos porque eres responsable”.

#### IV. CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

Uno de los temas capitales de la ciencia jurídica es el ED, el cual es un concepto fundamental en la estructura de un Estado occidental contemporáneo. Precisamente, el ED originario de Europa occidental, y los sistemas jurídicos que ahí se desarrollaron le aportaron algunas características específicas. Actualmente, con los aportes de los juristas alemanes, del derecho anglosajón y del derecho francés, el ED no sólo es un concepto, sino una verdadera institución que tiene que ver con la aplicación estricta de la legalidad, la creación de un sistema de división de poderes que cuenta con pesos y contrapesos, con un serie de garantías, legalidad y de transparencia en la creación normativa, etcétera. En suma, es una institución bastante compleja.

Podemos encontrar antecedentes del concepto de ED en el derecho inglés cuando en la Carta Magna de 1215 se establecen límites (en ese momento no pasaron de ser meramente teóricos) a la actuación del rey en el ejercicio de su poder respecto de las libertades de los hombres.<sup>6</sup> Hay que dejar claro que el concepto

<sup>6</sup> Véase el artículo 29 de la Carta Magna de 1215: “No Freeman shall be taken, or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled or any otherwise destroyed; nor will we pass upon him, nor condemn him, but by lawful Judgement of his Peers, or by the Law of the Land.

We will sell to no man, we will not deny or defer to any either Justice or right”.

que se acuña es el de *Rule of Law*. Pero ese enunciado no pasó de ser meramente teórico, pues la supremacía del poder del rey se mantuvo en la práctica, aunque fue el inicio de una acotación que se acentuó con la *Bill of Rights Act* de 1689 y con la Declaración de Independencia de 1776, en donde se trataba de crear contrapesos a los poderes establecidos y después con las reformas de la *Reform Act* de 1832. En la doctrina, sobresale el inglés A.V. Dicey, quien en sus trabajos académicos ya hace referencia a la “supremacía de la ley”, desde 1885,<sup>7</sup> aunque no se utilizó el concepto de ED.

Como un buen intérprete de su época, el alemán Roberto von Mohl (1799-1875) postuló “la expresión *Rechtsstaat* (Estado de derecho) usada por vez primera en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des rechtsstaates*, publicada en 1832-833, desde entonces el concepto alcanzó gran difusión y fue acogido muy favorablemente por la ciencia del derecho público, convirtiéndose en una de sus ideas centrales”.<sup>8</sup> Von Mohl, a su vez, tomó este concepto de Kant y trata de comprender también el concepto inglés de *Rule of Law*.

Hay un momento histórico y trascendente en la polémica de las escuelas alemanas, por un lado, los representantes de la vieja escuela (Gerber y Laban) y la “nueva doctrina” (Carl Schmitt, Félix Kaufmann, R. Smend, entre otros) que propone métodos (metajurídicos y abstractos) que fueron utilizados en la concepción del Estado totalitario del nacionalismo alemán.<sup>9</sup> Incluso este concepto derivado de la interpretación que la nueva doctrina daba al *Rechtsstaat*, a su vez dio fundamento a sistemas patológicos como la Alemania nazi, el sistema de *apartheid* de Sudáfrica y la respuesta de los Estados Unidos a la guerra contra el terrorismo.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Chesterman, Simon, “An International Rule of Law”, *American Journal of Comparative Law*, Estados Unidos, 56 (2), 2008, p. 7.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>9</sup> Véase Díaz, Elías, *Teoría general del Estado de derecho*, p. 27.

<sup>10</sup> Chesterman, Simon, “An International Rule of Law”, *op. cit.*, p. 9.

Posteriormente, esta problemática trata de ser superada por un concepto que aspira a impedir el paso a sistemas totalitarios, mediante el concepto, y todo lo que implica, de “un Estado de derecho social”, en donde se superan las concepciones individualistas y de no intervención del Estado. Después hay una evolución, a la que no nos referiremos, del Estado liberal de derecho a un Estado social de derecho.

Aunque el concepto francés de *État de droit* deriva del *Rechtsstaat* alemán, tiene también sus propios teóricos como Montesquieu (*El espíritu de las leyes*, 1748, que abogaba por el constitucionalismo y la separación de poderes), Rousseau (*Contrato social*, en donde se habla de la supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular) y, posteriormente, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Por ejemplo, algunos autores, como Elías Díaz, identifican al ED con el desarrollo del triunfo de la corriente jurídica del positivismo y la implantación del Estado liberal, pues sólo en este caso es posible hablar del imperio de la ley, una característica fundamental del ED, pues “...las limitaciones de carácter religioso, ético o yusnaturalista (*sic*) son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de derecho; éste sólo existe con el «imperio de la ley» y las limitaciones impuestas por la ley positiva”.<sup>11</sup> Y esta postura es comprensible, pues el ED no puede existir si el orden jurídico necesita una justificación de otro orden jurídico superior aunque se diga que es una expresión de la justicia. Aunque hay que reconocer que es en la escuela racionalista clásica del derecho natural (con autores como Grocio, Pufendorf, Rousseau y Kant) donde se gestan los postulados del ED (como, por ejemplo, la primacía de la ley, la separación de poderes, el respeto a los derechos fundamentales del hombre a la vida, a la libertad, a la propiedad primordialmente y la igualdad ante la ley),<sup>12</sup> y en donde también hay un tránsito de la legitimidad a la legalidad. Esta situación (insistimos, el cambio de la

<sup>11</sup> Díaz, Elías, *op. cit.*, p. 23.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 25 y 26.

legitimidad a la legalidad) es muy importante reconocerla, pues en los últimos años, en el plano internacional, con el embate de sus políticas hegemónicas, los Estados Unidos y la Gran Bretaña tratan de justificar sus acciones violatorias del DI (por ejemplo, su ilegal invasión de Irak) recurriendo a la legitimidad y postulando que prima sobre la legalidad.<sup>13</sup>

Actualmente, el concepto de ED expresa un estado constitucional, en donde todos sus actores (personas físicas y morales) están sometidos estrictamente a la legalidad, y donde los órganos de poder funcionan como un sistema que cuenta con pesos y contrapesos para evitar el autoritarismo. Puntualmente los elementos fundamentales del ED tienen que ver con el imperio de la ley, entendido éste como la voluntad del pueblo en donde el poder del Estado no puede ejercerse en forma arbitraria, para eso se postula una separación de poderes con la finalidad de que no haya concentración en una sola persona u órgano, con un sistema de pesos y contrapesos que den cabida a la legalidad de la administración y la existencia y garantía de derechos y libertades fundamentales de los individuos.

De acuerdo con lo anterior, los elementos de un ED, como un elemento fundamental en la estructura interna de los Estados, estaría formado por:

- a) El sometimiento estricto de los actores a la legalidad (que es una expresión del pueblo);
- b) La no arbitrariedad de la autoridad. Es decir, el sometimiento estricto de la autoridad a la legalidad;
- c) Un sistema de pesos y contrapesos que limite los órganos del poder;
- d) La existencia de garantía de derechos y libertades fundamentales de los individuos.

Ahora bien, la institución del control está inserta en el EDI, pues significa examen y fiscalización; tiene que ver con la teoría

<sup>13</sup> Slaughter, Anne Marie, "International Law and International Relations", *Recueil des Cours*, La Haya, vol. 285, 2000.

de la división de poderes, como bien lo analiza el jurista español Manuel Aragón: “En el momento en que cada órgano entra en funcionamiento y afecta a la totalidad, su procedimiento es examinado y fiscalizado por los otros órganos”.<sup>14</sup> El control existe desde la antigüedad, aunque con otro nombre, el término de control data de hace seis o siete siglos atrás.<sup>15</sup> Sin embargo, hay que observar que la institución de control es de derecho constitucional y lo único que es útil para nuestro tema es mencionar que es parte del sistema de división de poderes, en donde hay control y balance entre los mismos poderes.

## V. EL ESTADO DE DERECHO A NIVEL INTERNACIONAL

En el plano internacional, estos conceptos jurídicos internos de ED, en principio, serían inaplicables en un sistema descentralizado como es el del DI, en donde, como sabemos, se carece de órganos que centralicen las funciones legislativa, judicial y ejecutiva. No obstante, el asunto de Estado de derecho ya ha sido explorado en la doctrina desde hace tiempo.<sup>16</sup>

Si en otros momentos hemos sostenido que si bien los sistemas jurídicos, el interno e internacional, son diferentes, no implica que están separados, se retroalimentan recíprocamente y su naturaleza jurídica los une,<sup>17</sup> entonces no se puede negar que

<sup>14</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 21.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>16</sup> Recientemente, en idioma español tenemos la obra colectiva Becerra Ramírez, Manuel y González Martín, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, 2012.

<sup>17</sup> Textualmente: “En suma, estamos hablando de dos sistemas jurídicos con sus propias categorías independientes pero con una relación de interdependencia y comunicación constante. Cada uno de estos sistemas tiene su propio ámbito de validez. Lo cual no es nuevo, ni extraordinario, es totalmente normal en los sistemas jurídicos...”. Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006, p. 23.

algunas características del ED en su perspectiva interna también funcionan o serían posible trasladarlas a nivel internacional. Sobre este tema seguiremos hablando un poco más adelante.

## VI. EL ESTADO DE DERECHO EN LA ONU

El ED es un concepto que se ha utilizado frecuentemente en los instrumentos internacionales y de diferentes maneras, inclusive se ha prestado a la demagogia internacional o para apoyar políticas hegemónicas de los Estados. Por ejemplo, el presidente estadounidense George Bush lo utilizó como uno de sus objetivos en la ilegal invasión a Irak, es decir, la creación de un “Estado de derecho”.<sup>18</sup> Eso significa que el concepto de “estado de derecho” tiene cierta o mucha amplitud, y, por lo tanto, es interpretado en favor de las políticas imperialistas o neo colonialistas, tratando de imponer a su imagen y semejanza las políticas de los Estados poderosos.

Actualmente podemos afirmar que del concepto EDI se desprenden varios elementos que son susceptibles de tomarse en cuenta en el plano de la práctica y de la teoría jurídica internacional:

- La comprensión de todos los sujetos del DI;
- La creación de un sistema de pesos y contrapesos;
- La rendición de cuentas;

<sup>18</sup> “En el año de 2001 el Presidente Bush, en respuesta al ataque del 11 de septiembre realizado por los terroristas de Al-Qaeda... anunció una nueva política en defensa del Occidente, contra las fuerzas Islamistas. La guerra contra el terror. Al atacar al taliban que controlaba Afganistán, la casa de los terroristas de Al Qaeda e invadiendo Irak en el año de 2003, los estados Unidos unilateralmente reinterpretaron el derecho internacional. Inicialmente, los estados Unidos buscando cambios radicales de las leyes locales y nacionales de «tiranos y terroristas». Ellos querían nuevas leyes en donde se reflejaran los valores de democracia, buen gobierno y del estado de derecho” (*Ibidem*, p. 17).

- La transparencia en la creación de la ley (en este caso hablaremos de las fuentes del derecho), además de facultades en la creación de la normatividad internacional;
- La equidad ante la ley; que estas leyes se apliquen igual;
- La consistencia con las normas y estándares de los derechos humanos;
- La separación de poderes;
- La certeza jurídica;
- La seguridad jurídica;
- La igualdad jurídica;
- La supresión de la arbitrariedad.

Todos estos son conceptos que se implican mutuamente, por ejemplo, la rendición de cuentas implica transparencia; la transparencia en la creación de la normatividad implica a su vez seguridad jurídica; la creación de un sistema de pesos y contrapesos implica una separación de poderes y todo implica una supresión de la arbitrariedad.

O también, tomemos el caso de la transparencia. El principio de transparencia postula que el ejercicio de los poderes políticos, desde su proceso hasta el último acto (es decir, la decisión) sea claro y abierto al escrutinio público.<sup>19</sup> En realidad éste no es un problema nuevo en DI, pues desde principios del siglo pasado (siglo XX) hay una preocupación por prohibir los tratados internacionales secretos, por eso se crea el registro de tratados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El objetivo de la transparencia es que los afectados por las decisiones, sobre todo, conozcan este proceso con miras a proceder a su defensa y cuidar que el ejercicio de los poderes se realice dentro de la autoridad legítima con que están investidos los órganos, es decir, que no se dicten *ultra vires*. En muchos casos es necesario que se conozcan por la opinión pública como parte de un ejer-

<sup>19</sup> Matam Farrall, Jeremy, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 185.

cicio democrático y mucho más cuando esos actos afectan a los particulares. Por ejemplo, el caso de las cartas de intención que se realizan entre el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los gobiernos, en donde se pactan aspectos de gran trascendencia para la población; o bien las resoluciones del CS en momentos que es hiperactivo y cuando se dictan resoluciones del CS y en donde se afecta incluso a los particulares de los Estados.

Actualmente, en los intentos de crear un nuevo orden internacional, se pone mayor énfasis en la reforma de la ONU, en forma especial, del CS, sin embargo, creemos que el estado que guardan las relaciones internacionales es lo suficientemente maduro para plantear la creación de un verdadero ED. Lo que implica la creación, por lo menos, del diseño de un sistema de pesos y contrapesos no sólo de la ONU, sino de todo su sistema, e inclusive un replanteamiento de sus categorías fundamentales, como es el caso de las fuentes de DI.

Por otra parte, construir estrictamente el mismo sistema que se ha propuesto a nivel interno, pero ahora en el ámbito de las relaciones internacionales, sería imposible dado el carácter descentralizado del mismo. Sin embargo, sí es posible diseñar, a partir de las características especiales del sistema de relaciones internacionales,<sup>20</sup> un sistema que cuente con pesos y contrapesos y en la actual coyuntura de las relaciones internacionales es el momento adecuado para plantear y discutir un EDI.

Fundamentalmente, después de la caída del bloque socialista, con el fin de la GF se ha evidenciado la necesidad de la renovación de la ONU, sin embargo, han predominado los aspectos políticos y no se ha logrado la esperada reforma. No es difícil hacer propuestas de reformas dado el deterioro y lo desfasado de

<sup>20</sup> Un sistema que tiene una serie de componentes que trascienden las fronteras estatales, unidos por relaciones de carácter múltiple, por ejemplo, culturales, políticas, científicas, religiosas, etcétera, y reguladas por normas jurídicas que son aplicadas directamente a los sujetos de este orden jurídico e indirectamente a los que no lo son.

la realidad internacional de la ONU. En principio, se hablaría de reducción de la estructura administrativa de la organización pero no sólo de la pesada burocracia internacional, idea que ha sido propuesta en varias ocasiones, sino la reducción va un poco más allá. Se refiere a la desaparición de algunos órganos que evidentemente han sido reducidos a la nada *de facto*, como es el caso del Consejo de Administración Fiduciaria, que prácticamente desde la década de los años sesenta, con la independencia de las colonias de África y Asia, es un órgano sin objeto, o bien del Consejo Económico y Social (ECOSOC), ya que muchas de sus funciones las realizan las organizaciones especializadas desde hace décadas. En esta reducción, en realidad no tiene porqué ser un órgano pesado y con funciones que se duplican en otros organismos especializados.

Una verdadera revolución se produciría si se colocara a la Asamblea General en el centro de la Organización con facultades ampliadas y con posibilidad de servir de contrapeso de las funciones de otros órganos como el CS, que pudiera, por ejemplo, someter al conocimiento, vía Opinión Consultiva (OC), de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) asuntos que tuvieran que ver con la legalidad de sus resoluciones. A propósito, al CS es necesario someterlo a una reforma profunda que tenga que ver con la legalidad de sus determinaciones y la supresión de los miembros permanentes para quedar en sólo miembros que se roten.

## VII. EL ESTADO DE DERECHO PROMOVIDO EN EL INTERIOR DE LOS ESTADOS. UNA EVIDENTE AMBIGÜEDAD

El ED tiene dos acepciones. Una al interior de los Estados, que implica la promoción del ED al interior, por ejemplo con la protección de los derechos humanos, y la segunda, una acepción internacional, como se ha referido en los apartados anteriores. Aunque en esta duplicidad también podemos encontrar cierta ambigüedad.

Nos referimos a que mientras los OI promueven el ED en el interior de los Estados, aquéllos están totalmente ajenos a cumplir los parámetros mínimos del mismo en su actuación o en su interior. Por ejemplo, las instituciones financieras internacionales, el Banco Mundial (BM) y el FMI han utilizado el concepto de *Good Governance*,<sup>21</sup> algo así como una “gobernanza buena” (en el entendido de que gobernanza es un anglicismo que tiene que ver con el gobierno adecuado). De acuerdo con esto, los OI vinculan o constriñen a los destinatarios de los créditos a adoptar en su interior modelos de ED, pero se olvidan que ellos mismos no funcionan de conformidad con el ED, por ejemplo, en lo que se refiere a transparencia.

Eso mismo sucede con el CS, que en diferentes resoluciones fundamenta el accionar de las Operaciones de la Paz en Guatemala (1997), Liberia (2003) Costa de Marfil (2004), Haití (2004) y la República Popular del Congo (2007) en la restauración o mantenimiento del ED.<sup>22</sup> Cuando sabemos que el CS es el órgano de las Naciones Unidas más antidemocrático.

En este sentido, es una paradoja que siendo un sujeto de DI y promotor de los derechos humanos no esté sujeto a los tratados de derechos humanos que ella misma propone y promueve. La cuestión es que el mayor involucramiento de la ONU en asuntos de mantenimiento de la paz o bien de la creación de tribunales internacionales o su lucha contra el narcotráfico, trae mayor riesgo de violar los derechos humanos o bien los derechos de los Estados miembros; requiere, en consecuencia, también de un sistema de contrapesos, de control de la violación de los derechos humanos. La ONU carece de un sistema de control de sus órganos y si es necesario, por ejemplo, en la aplicación del derecho humanitario. Aunque es notable la incipiente aparición de un sistema de contrapesos en el CS, con la creación

<sup>21</sup> Véase Chesterman, *op. cit.*, p. 21.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 25.

de un *Ombusperson*<sup>23</sup> que, aunque con funciones muy limitadas, es un indicio de que se puede desarrollar un sistema más amplio en esa dirección, para lo cual se requiere de una reingeniería del sistema de relaciones internacionales.

<sup>23</sup> Tünde Huner, Katalin y Rodiles, Alejandro, “An Ombusperson in the United Nations Security Council: a Paradigm Shift?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario*, México, 2012, pp. 107-142.

## 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.

## CAPÍTULO III

### EL SISTEMA DE CONTROL INTERNACIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

#### I. EL ORIGEN DEL CONTROL

El control en DI es una institución en evolución, no es nueva, ya que ha sido una preocupación tanto de la doctrina como de la práctica internacional, por lo menos desde el siglo XIX cuando se empiezan a delinear los modernos tratados multilaterales; lo podemos ver tanto desde el punto de vista de la doctrina, como desde la práctica internacional.

También hay que reconocer que la institución jurídica de control es un eslabón más en la evolución del DI, pues el que nace con la Paz de Westfalia se basa en el principio de la igualdad soberana y “sólo el Estado verifica el cumplimiento del derecho que con su voluntad —concordante con la de otra u otras entidades iguales a él— ha generado”.<sup>59</sup>

La idea de “control” está íntimamente relacionada con los objetivos del derecho y surge primeramente de la necesidad de respetar y aplicar las normas jurídicas, de la necesidad de mantener la armonía, la paz, la erradicación de la impunidad, por supuesto la protección de los derechos humanos de los individuos que se encuentren en tal o cual Estado.

El tema de control también ha sido tratado en la doctrina jurídica de derecho interno, está ligado con el concepto de divi-

<sup>59</sup> Gutiérrez Posee, D. T. Hortensia, *Moderno derecho internacional y seguridad jurídica colectiva*, Buenos Aires, Zavalia, 1995, p. 18.

sión de poderes y la creación de contrapesos, y lo definen como “el conjunto de medios puestos en funcionamiento para verificar si una acción o una decisión es conforme a las normas generales (políticas, jurídicas, contables o económicas) que se deben de observar”.<sup>60</sup>

En el plano internacional podemos decir que el control implica la función de órganos creados *ex profeso* para vigilar el cumplimiento (en este caso tiene una función preventiva) y sancionar el no cumplimiento de la normatividad<sup>61</sup> vía resoluciones o sentencias. Cuando hablamos de sanciones no implica el ejercicio de la fuerza coercitiva, aunque no se descarta en el caso del CS, el órgano que por excelencia monopoliza el ejercicio de la acción coercitiva en el caso de la seguridad internacional (SI), sobre lo cual hablaremos más adelante. También se incluye en el concepto de control las acciones que las organizaciones no gubernamentales realizan en aras del respeto de la normatividad internacional.

Los rastros del concepto de control aparecen, como ya dijimos, desde la segunda mitad del siglo XIX en el marco del multilateralismo, en donde se busca la cooperación en temas, metas o problemas comunes, y en donde naturalmente se pone en la mesa de las discusiones el problema de la garantía de cumplimiento y la interpretación correcta de las convenciones internacionales, entonces, vía el control, el “internacionalista se sirve de estos medios técnicos: 1. Régimen de anulación; 2. Cláusulas arbitrales; 3. Control internacional. El control queda una vez más

<sup>60</sup> Sallois, J., *L'administration, les hommes, les techniques, les rouages*, París, Hachette, 1974, p. 152, citado por Vázquez Alfaro, José Luis, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, p. 11.

<sup>61</sup> “La misión del control internacional respecto del debido cumplimiento de las convenciones internacionales consiste en verificar la conducta de los Estados Obligados, en fiscalizar las medidas que han tomado para dar efectividad a la obligación voluntariamente asumida”, Aguilar Navarro, M., “La cooperación internacional y la teoría del control”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959, p. 77.

emparentado con otra función internacional, en este caso con la jurisdiccional”.<sup>62</sup>

Así, en sus orígenes europeos nos encontramos con un control primitivo que trata de “impedir que ningún Estado incumpla sus obligaciones como partícipes de la Unión, perjudicando con ello los derechos que a los otros corresponde”.<sup>63</sup> No bastaba con la celebración de acuerdos internacionales y la obligación jurídica que eso traería, era necesario asegurar y vigilar su cumplimiento. Un paso importante en la evolución de los controles lo constituye la creación de la Convención Central del Rin y la del Danubio. Los Estados miembros de la Comisión le otorgan facultades para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones, la información del “derecho interno fluvial de la Comisión”.

Este tipo de control que parece de carácter ejecutivo y que deja al Estado en una relación bilateral con el órgano de control evoluciona y para 1919 aparece una modalidad que es la negociación de un compromiso contenido en una cláusula de los tratados para someter a la diferencia sobre el incumplimiento a un arbitraje o a una decisión jurisprudencial de un tribunal internacional que pasa a formar parte de los sistemas de control. Este tipo de control, al que se denomina como control judicial, es considerado como la “fórmula más pura dentro de la legalidad administrativa”.<sup>64</sup>

Más tarde aparece la facultad de recomendación, que es la que emite el órgano de control después de conocer y analizar la obligación de la información que convencionalmente tiene el Estado sobre el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de un tratado. Estas recomendaciones aspiran a ser obligatorias, aunque su alcance y naturaleza jurídica dependen de la misma

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>63</sup> Aguilar Navarro, M., “Aspectos generales del control internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 101, septiembre-octubre de 1958, p. 85.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 98.

convención. El control llega a ser un elemento preventivo o represivo de la institución.

De acuerdo a Aguilar Navarro, hay diferentes tipos de control: el político, el técnico, el judicial o jurisdiccional.<sup>65</sup> El tema del control del cumplimiento de las obligaciones internacionales, ya sea derivada de las normas convencionales como consuetudinarias, está íntimamente ligado con el problema del ED, que puede a su vez contemplarse desde las perspectivas tanto internas como internacionales. A nivel interno implica el predominio del derecho regular enfrente de la influencia del poder arbitrario; la igualdad ante la ley o la sujeción del derecho interno, administrado por las cortes ordinarias y la existencia de una Constitución.<sup>66</sup> El ED es un principio incontrovertido en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados y en algunos es un punto de referencia, una meta a alcanzar.

En cambio, el DI, como sabemos, es un sistema jurídico específico en donde la autoridad central que podría ser la arbitraria en derecho interno no existe en asuntos exteriores, sin embargo, el concepto de ED implica, como vimos antes, la integridad y certeza del derecho, la igualdad de los sujetos del DI, la proscripción de la arbitrariedad y la aplicación efectiva del mismo DI. Así, cuando hablamos de control internacional se hace hincapié en los dos últimos aspectos: la proscripción de la arbitrariedad y la aplicación efectiva del DI.

Así, viéndolo desde el plano internacional, existen sistemas de autocontrol y de heterocontrol. Estamos hablando de auto-

<sup>65</sup> “El control político es el que se efectúa sobre la base de estimaciones y consideraciones estrictamente políticas. El control técnico es el realizado sobre la línea de las valoraciones y explicaciones técnicas, racionalizadas por una disciplina que descansa en datos objetivos, no en oportunidades y conveniencias políticas. Cuando el control se apoya en la acción de la norma legal, estamos ya en presencia del control judicial o jurisdiccional”. *Ibidem*, p. 109.

<sup>66</sup> Watts, Arthur, “El *Rule of Law* internacional”, en Thesing, Josef, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999, p. 352.

control cuando en el marco del tratado internacional en cuestión se crean mecanismos de supervisión de la aplicación del mismo, y de heterocontrol cuando fuera del marco normativo del tratado existen medios de control de la aplicación del tratado. En ambos sistemas pueden existir medios de carácter resolutorio o jurisdiccional. Por ejemplo, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se crea un sistema de autocontrol con dos órganos, uno de carácter resolutorio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), y otro de carácter jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).<sup>67</sup> También sirve de ejemplo la III Conferencia sobre Derechos del Mar que tiene un órgano de control de su aplicación que es la Corte Internacional del Mar.<sup>68</sup>

Como mecanismos de autocontrol en el derecho convencional internacional es común encontrar los siguientes:

- La presentación de informes periódicos por parte de los Estados;
- Las encuestas;
- La investigación y las inspecciones *in situ*;
- Las resoluciones (vinculantes o no);
- Las sentencias, que por supuesto todas son vinculantes.

Como complemento de la aplicación de medidas que se han considerado como preventivas, se encuentran los mecanismos por los que se tratan casos de violaciones, por ejemplo: los procedimientos de denuncia o peticiones ante los órganos internacionales de supervisión que Estados o individuos pueden intentar, y la demanda o denuncia ante órganos jurisdiccionales internacionales. Con lo que ya estamos en el terreno del heterocontrol y las

<sup>67</sup> Sobre el sistema interamericano de derechos humanos se ha escrito mucho; se recomienda Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

<sup>68</sup> Véase Schelleberg, Edith, *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, 2000, p. 61.

decisiones que dicten los órganos que lo realizan serán obligatorias porque es un compromiso del Estado, ya analizaremos este punto más adelante. Hay que recordar que dada la característica descentralizada del DI, cuando hay fallas en su cumplimiento, se apoya en los Estados, vía la cooperación internacional, en su estructura interna para el cumplimiento de sus obligaciones. Aquí ya estamos en los terrenos de los controles internos.

El caso de la ONU es especial, pues contiene un sistema de control bastante amplio y sofisticado en su funcionamiento, con órganos como (no son los únicos) el CS, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) y la CIJ, que funcionan como órganos de control de la Carta de San Francisco, y al mismo tiempo del DI total. Funcionan como órganos de autocontrol y de heterocontrol. Recordemos simplemente el artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ que menciona, en forma ejemplificativa, las normas que aplica, en las que se incluyen las normas convencionales independientemente de que en su interior tengan sistemas de control.

En suma, podemos afirmar que en la actualidad se ha creado en forma paulatina y gradual un sistema de control de la aplicación del DI que comprende diferentes áreas del DI, véase, por ejemplo, el derecho ambiental,<sup>69</sup> sistema de control que está en evolución y perfeccionamiento.

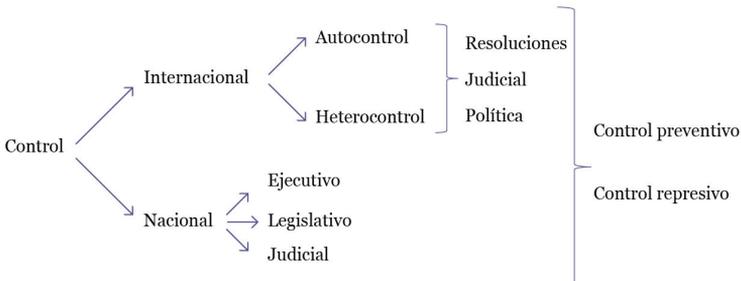
Entonces, conforme con lo que se ha dicho, podemos clasificarlo en un control internacional, por un lado, e interno, por el otro. A su vez, el internacional puede ser autocontrol o heterocontrol o, en forma paulatina y gradual, un sistema de control que conforme con lo que se ha dicho podemos clasificarlo en un control internacional, por un lado, e interno, por el otro. A su vez el internacional puede ser autocontrol o heterocontrol. Los sistemas de control, tanto de autocontrol como de heterocontrol, pueden ser resolutivos, judiciales y políticos. Los resolutivos se

<sup>69</sup> Borrás Pertinart, Susana, “La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, pp. 3-49.

dan cuando ellos dictan resoluciones que, generalmente por la misma expresión de los tratados que los originan, son meramente recomendatorios. Sin embargo, cuando no existe una taxativa convencional, las resoluciones son vinculantes, porque al final de cuentas tienen una función de control y de interpretación convencional oficial, independientemente de que estas resoluciones pueden ser guías de interpretación para otros casos. Los judiciales, tienen todo un proceso, pueden iniciar en un sistema resolutivo y terminar en una sentencia vinculante, y en los políticos priman, como su nombre lo indica, los mecanismos políticos de control, por ejemplo, el CS, actuando dentro del Capítulo VII, tiene muchos elementos de control, como recurrir a los medios de solución de controversias previstos en el Capítulo VI de la misma Carta de San Francisco. Hay también que mencionar que estos tres tipos de controles realizan una función preventiva o represiva.

Aquí se termina la fase internacional, lo que viene después es la fase interna, en donde el control se realiza por la vía de los poderes del Estado, normalmente el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Podemos ilustrar lo anterior con el siguiente cuadro sinóptico.<sup>70</sup>



<sup>70</sup> Elaborado por Xavier J. Ramírez.

## II. LAS ZONAS GRISES DEL CONTROL

Aparte de este tipo de control que podemos denominar como “institucional” u “oficial” hay otros tipos de control que están en una zona gris de lo jurídico pero que en algunos casos son más efectivos que los controles “oficiales”. Nos referimos, por ejemplo, a los controles que existen en el sistema financiero internacional en lo que se denomina como “el riesgo soberano” o bien “riesgo país”,<sup>71</sup> mediante el cual se califica el grado de riesgo que tiene un Estado soberano.<sup>72</sup> Y, en otras palabras, es la calificación que se hace a un Estado en su comportamiento de pago de las deudas que haya adquirido: si paga, si paga a tiempo, su estabilidad económica, etcétera. Esos criterios de evaluación los hacen las instituciones internacionales privadas o estatales como el BM, Moody’s Investor Service; Standard & Poor’s y Fitch IBCA; el US Exim Bank y Atradius UK; Atradius, London Forfaiting, Mezra Forfaiting y WestLB, entre otras instituciones.

Con ello, en realidad, realizan un control para que se cumpla en forma expedita y completa una resolución que ellas dicten. En otras palabras, y poniendo un ejemplo, no es lo mismo que las calificadoras internacionales consideren que un país tiene un nivel alto de riesgo para las inversiones por no cumplir sus obligaciones financieras internacionales, que la sentencia que dicte, digamos la Corte IDH. En el primer caso el Estado buscará cumplir lo más rápido posible con sus obligaciones o bien se verá constreñido a cumplir las condiciones que el sistema financiero le dicte para poder obtener más créditos. En el segundo caso, incluso después de la sentencia, a la víctima le espera un largo camino en el derecho interno para que pueda lograr la aplicación de la sentencia.

<sup>71</sup> El origen de las calificadoras de riesgo lo tenemos “en los Estados Unidos hacia finales del siglo XIX. En la medida en que el mercado se desarrollaba y la oferta de instrumentos crecía, las agencias calificadoras evolucionaban también. Fundamentales en el desarrollo de los mercados de capitales y en la promoción de la transparencia de la información y la cultura de la medición del riesgo”, *www.slideshare.net*, consultada el 9 de agosto de 2013.

<sup>72</sup> *www.datosmacro.com/rating*, consultada el 9 de agosto de 2013.

Por su carácter no institucional y por el impacto que ejerce en los Estados, este tipo de control se podría poner al tamiz del EDI y consideramos que no saldría muy bien librado en lo que se refiere a transparencia o su legalidad. El alcance que tiene una decisión que dicte sobre un país una calificadora es muy grande, y si se equivoca, indudablemente, trae efectos irreparables. Por ejemplo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos reclama ante los tribunales al menos 5 mil millones de dólares a la calificadora *Standard & Poor* por fraude cometido contra los Estados Unidos.<sup>73</sup> El asunto jurídico es muy interesante, habrá que ver qué resuelven los tribunales, pero uno se pregunta ¿cuántos fraudes se han cometido contra países no tan poderosos como los Estados Unidos, por ejemplo, contra países medianos como Argentina y México, en las crisis que han tenido?

### III. CONTROL JUDICIAL

El control judicial que ejercen las cortes internacionales goza de un privilegio especial, pues, de acuerdo con el artículo 38-I del Estatuto (Estatuto) de la CIJ son consideradas como fuente auxiliar en la determinación del derecho.<sup>74</sup> En efecto, el mismo Estatuto reconoce que es una mera fuente auxiliar y, además, sus decisiones son relativas (de acuerdo con el artículo 59 del mismo Estatuto), pues sólo obligan a las partes respecto del caso objeto de la controversia; sin embargo, en la práctica son de una gran trascendencia, por varias razones. En principio, porque es el juez el que determina la existencia del derecho a aplicar, y en su ejer-

<sup>73</sup> Véase *ambito.com*; “EEUU: Obama amplia ofensiva contra las calificadoras”, consultado el 9 de agosto de 2013.

<sup>74</sup> Textualmente, el Estatuto establece: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”.

cicio identifica las normas consuetudinarias, lo cual de alguna manera lo convierte en una especie de legislador universal.

Ya lo observan, con agudeza, Sévane Garibian y Alberto Puppò:

Las decisiones judiciales contribuyen a la formación de una regla de reconocimiento necesaria para identificar las normas pertenecientes al sistema jurídico. La *opinio juris* de la doctrina no es otra cosa sino la expresión, por los jueces, del punto de vista interno hacia algunas normas que los jueces aceptan como criterio para identificar las normas aplicables. Ninguna norma escrita atribuye este poder a los jueces. Pero esta norma existe como resultado de la práctica jurisprudencial combinada con la opinión que lo que los jueces están haciendo no es nada más que una simple aplicación del derecho positivo...<sup>75</sup>

Después, la importancia de la jurisprudencia estriba en que sus decisiones aunque son relativas, ya que sólo son obligatorias para las partes en el litigio, en la técnica del DI son tomadas como precedentes que van guiando las decisiones en otros casos. En efecto, la práctica internacional, así como la enseñanza del DI, influenciada enormemente por la cultura jurídica anglosajona de los precedentes judiciales, ha colocado a las decisiones jurisprudenciales en un lugar que teóricamente no le corresponde.

Esta actitud es clave, pues como sucede en el caso de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, dictada por la Corte IDH, estas decisiones, según algunos académicos, pueden crear una especie de DI común para la región.

Otra razón de la importancia de la jurisprudencia es la que se refiere a la función de control que ejercen los tribunales internacionales de la aplicación del DI tanto en su versión de derecho convencional como consuetudinario. Mediante dicho control ju-

<sup>75</sup> Garibian, Sévane y Puppò, Alberto, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, México, núm. 36, abril de 2012, p. 35.

dicial los mismos Estados están transfiriendo a un ente internacional la verificación del cumplimiento de las obligaciones internacionales que se contraen, también de manera voluntaria. Con esto se fortalece la eficacia, al mismo tiempo que se defiende el orden jurídico internacional, se crea una unión de Estados que están dispuestos a trasladar a una instancia internacional la vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones internacionales<sup>76</sup> sin renunciar al control interno que se ve fortalecido en virtud del principio de complementariedad. El control internacional es un segundo piso que fortalece el Estado de derecho interno.

En suma, la función del control judicial es relevante porque:

- Sus decisiones son obligatorias, vinculantes para los Estados parte en la controversia;
- Aunque no son obligatorias *erga omnes*, sí son precedentes que sirven como guías en la interpretación del DI;
- Los tribunales internacionales son los máximos intérpretes del DI.

<sup>76</sup> Véase Borrás Pentinant, Susana, *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Universitat Rovira I Virgili, p. 17.

## CAPÍTULO IV

### EL CONTROL EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

#### I. INTRODUCCIÓN

En el siglo XX fuimos testigos de un desarrollo notable de los sistemas de control, una institución antigua que puede estar en la esencia del DI, en el seno de lo que podemos denominar la organización internacional de segunda generación, es decir, de la ONU. En este capítulo analizamos el sistema de control diseñado al amparo de esta organización universal en materia de derechos humanos y de dos de sus órganos fundamentales que son el CS y la CIJ.

La profunda transformación de las relaciones internacionales durante el siglo XX, acelerada por el fenómeno del fin de la GF, ha producido una reactivación de los sistemas de control y una mayor actividad sobre todo del CS, que desde la óptica del ED rebasa los límites de su competencia.

#### II. EL CONTROL EN LA ONU

Los OI juegan un papel muy importante para supervisar y presionar a los Estados a fin de que cumplan con sus obligaciones internacionales, acentuadamente en materia de derechos humanos. Además, al mismo tiempo realizan funciones de interpretación del DI y en muchos casos funcionan como puente entre la sociedad civil y los Estados. El sistema de control que los arquitectos de la ONU diseñaron está compuesto por tres ejes: el control de los derechos humanos, el control para mantener la paz y seguri-

dad internacionales, a cargo del CS, y el control general a cargo de la CIJ. Es un control heterogéneo, en donde, por un lado, se dictan resoluciones no vinculantes, en el caso de los derechos humanos y, por otro lado, en materia de SI se le provee al órgano de control de “dientes”, al permitir que sus resoluciones sean vinculantes y con la posibilidad de hacerlas efectivas mediante la fuerza. Después está el órgano judicial, la CIJ que dicta sentencias vinculantes.

Ahora bien, cuando hablamos de derechos humanos, el sistema de la ONU, como veremos, es muy amplio y abundante, lo cual contrasta con su eficacia en prevenir y erradicar la violación de los derechos humanos. Precisamente, la Carta de San Francisco, con un lenguaje que se caracteriza por su generalidad, sujeto a futuras interpretaciones, vía la cooperación internacional, hace referencia a la tutela de los derechos humanos. Uno de los principales propósitos de la ONU 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...”<sup>77</sup>

Esta idea se fortalece más adelante cuando se establece que:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Artículos 1-3 de la Carta de la ONU.

<sup>78</sup> Artículo 55-c de la Carta de la ONU.

Los arquitectos de la Carta de San Francisco dejaron al ECOSOC las facultades de emitir recomendaciones,<sup>79</sup> establecer comisiones<sup>80</sup> y hacer arreglos con ONG sobre la materia de derechos humanos.<sup>81</sup>

Actualmente, el amplio y complejo sistema de protección de derechos humanos con que cuenta la ONU se puede ilustrar con el siguiente listado que la misma organización elaboró.<sup>82</sup>

*Los órganos de derechos humanos. Mecanismos para la protección y la promoción de derechos humanos*

El sistema de la ONU para la promoción y la protección de derechos humanos está compuesto de dos tipos principales de órganos: órganos creados en virtud de la carta de la ONU, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos, y órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos (órganos de tratados). La mayoría de estos órganos reciben la ayuda de la Secretaría de los Tratados y de la Comisión de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH).

<sup>79</sup> El artículo 62-2 de la Carta de San Francisco establece: “El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

<sup>80</sup> El artículo 68 de la Carta de la ONU establece: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

<sup>81</sup> El artículo 71 de la Carta de la ONU establece: “El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo miembro de las Naciones Unidas”.

<sup>82</sup> Aquí presentamos un fragmento, tomado de *www2.ohchr-org*, consultada el 3 de agosto de 2013.

### Órganos basados en la Carta de la ONU:

- Consejo de Derechos Humanos.
- Comisión de Derechos Humanos (CDH/CHR).
- Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos.
- Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos.

Existen otros órganos importantes de la Naciones Unidas que se ocupan de la promoción y protección de derechos humanos. La ACDH trabaja estrechamente con estos órganos. Cada uno de ellos tiene su propio Secretariado e incluyen:

- La Asamblea General de las Naciones Unidas.
- La Tercer Comisión de la Asamblea General.
- El Consejo Económico y Social.
- La Corte Internacional de Justicia.
- Búsqueda.

Otras entidades de la ONU involucradas en la promoción y la protección de derechos humanos:

Muchas agencias y socios de la ONU también están implicados en la promoción y la protección de derechos humanos y obran recíprocamente con los órganos principales de los derechos humanos:

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
- Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA).
- Inter-Agency Internal Displacement Division.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT).

- Organización Mundial de la Salud (OMS).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).
- Programa Conjunto de la Naciones Unidas sobre HIV/ AIDS (UNAIDS).
- Comité Permanente entre Organismos (IASC).
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA).
- Comisión de la Condición de la Mujer (CSW).
- Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI).
- División para el Adelanto de la Mujer (DAW).
- Fondo de la Población De Naciones Unidas (UNFPA).
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Fondo de desarrollo de Naciones Unidas para las mujeres (UNIFEM).
- Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Organización de alimento y de agricultura de los Naciones Unidas (FAO).
- Programa Humano de los Establecimientos de Naciones Unidas (HABITAT).
- La Acción de las Naciones Unidas contra Minas.

Como se desprende de la información anterior, el sistema de protección de derechos humanos creado y administrado por la ONU es bastante amplio, complejo y completo, lo cual es una muestra del gran interés que hay en los derechos humanos por parte del organismo internacional. Sin embargo, si juzgamos por su eficacia, diríamos que es pesado, burocrático e inocuo. Pero no adelantemos conclusiones, revisemos el origen y funcionamiento de los principales órganos de control del sistema de la ONU.

### III. LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

Como se puede fácilmente constatar, después de la Segunda Guerra Mundial hay una explosión de normas en materia de derechos humanos, de declaraciones y tratados a partir de las vagas disposiciones contenidas en la Corte de San Francisco, tanto a nivel universal como regional. Sin embargo, tal proliferación de normas no se refleja en la erradicación de su violación. Por tal razón es perceptible un sistema de control para asegurar el cumplimiento nacional, que va desde la promoción pasando por la puesta en práctica hasta la ejecución.<sup>83</sup> Ese control corría a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDHONU), que dependía del ECOSOC (por sus siglas en inglés) y de la Asamblea General. La CDHONU podía elaborar serios y bien documentados informes, así como asesorar pero no ordenar, ni mucho menos pedir la aplicación coactiva de sus resoluciones.

En efecto, en 1946, con base en el artículo 68 de la Carta de San Francisco,<sup>84</sup> el ECOSOC creó la Comisión Nuclear de Derechos Humanos, que es el antecedente de la Comisión de Derechos Humanos. La Comisión Nuclear toma por objeto la elaboración de un proyecto de declaración de derechos humanos. Dada la im-

<sup>83</sup> Según J. Donnelly, promoción implica “el intercambio internacional de información y compañías para propiciar o contribuir a la puesta en práctica a nivel nacional de las normas internacionales”; la puesta en práctica incluye “procedimientos de vigilancia más moderados y cierta coordinación de las políticas, para la cual los Estados utilizan de manera periódica un foro internacional con el fin de coordinar las políticas, que en último instante quedaron para su entero control nacional”, la ejecución “entraña que tomen decisiones internacionales obligatorias y, quizás, que se apliquen formas muy enérgicas de vigilancia mundial para asegurar el cumplimiento nacional de las normas internacionales”.

Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2a. ed., México, Gernika, 1998, p. 304.

<sup>84</sup> Artículo 68. “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

portancia del tema y su complejidad, el ECOSOC decide crear un grupo más amplio y con una mayor diversidad geográfica y con una composición de 18 representantes de gobiernos, en lugar de miembros individuales; así es como nace la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDHONU), y de esta manera el ECOSOC se erige en un órgano de control por excelencia de cumplimiento de la DUDH.

Así, el ECOSOC, en 1956, solicita a los Estados un informe trianual del estado que guarda el cumplimiento de la DUDH, con eso se inicia el control vía opinión pública, lo mismo se solicita a los organismos especializados como la OIT. Ese tipo de “control vía opinión pública” trata de “avergonzar” a los Estados violadores de los derechos humanos; lo interesante con este tipo de control es que se confíe en que los Estados puedan tener vergüenza o, dicho de otra manera, en que se recurra a un elemento extrajurídico más bien de opinión pública o de moral internacional en el cumplimiento de la normatividad internacional, pero, además, es relevante que se permite eventualmente la participación de los individuos que se consideran víctimas. Esta eventualidad es un paso importante en la formación de la subjetividad, que ahora es indudable en materia de derechos humanos para el individuo.

La Comisión de Derechos Humanos en realidad fue diseñada como un órgano bastante limitado en lo que se refiere al control, ya que sólo realizaba estudios y recomendaciones.<sup>85</sup> En

<sup>85</sup> La Resolución 5(I) del 16 de febrero de 1946 modificada por la Resolución 9 (II) del 12 de junio de 1946, del ECOSOC, estableció que el trabajo de la Comisión estaría enfocado a presentar al Consejo “propuestas, recomendaciones e informes con respecto a: a) Una carta internacional de derechos; b) Declaraciones o convenciones internacionales sobre derechos civiles, status jurídico de la mujer, libertad de información y asuntos similares; c) protección de las minorías; d) Prevención de la discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión; e) Cualquier otro aspecto relacionado con los derechos humanos no comprendidos en los incisos a, b, c, y d”. Toro Huerta, Mauricio Iván del, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 48.

efecto, tenía funciones bastante limitadas, en principio sólo se conocía de ciertas violaciones graves y sistemáticas y no conocían de las denuncias particulares, además de que su procedimiento era confidencial hasta su conclusión. En general, podemos decir que era un sistema bastante moderado que reflejaba la negativa de los Estados para darse un sistema más severo.

Más tarde, ante la necesidad expresada por miles de peticiones presentadas por ONG y personas mediante las resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del ECOSOC, se permitió conocer denuncias individuales por violación de las normas contenidas en la DUDH y en la Carta de San Francisco.

En 1967 se instituyó el Grupo de Trabajo de Expertos en Derechos Humanos *Ad Hoc* para Sudáfrica con el mandato de vigilar el cumplimiento de los derechos humanos en dicho país y reportar públicamente a la Comisión. Esta posición novedosa de la Comisión no fue bien vista por todos los Estados, por ejemplo, fue el caso de la URSS, pues consideraban que actuaba *ultra vires*. Lo trascendente es que con ello se inaugura un sistema de control fuera del instrumento de protección de derechos humanos (heterocontrol).

También lo sobresaliente eran sus facultades concedidas mediante la Resolución 1503, con la que se crea un procedimiento confidencial conocido como procedimiento 1503 renombrado como *complaint procedure*, el cual fue aplicado en los casos de Haití y Grecia, y autorizan a la Comisión a investigar las quejas que “parezcan revelar un patrón consistente de violaciones generales de los derechos humanos, con base en testimonios confiables”.

Mediante el procedimiento especial creado en 1967 surgen grupos de expertos, grupos de trabajo, *special rapporteurs*, representantes especiales y expertos independientes que tenían como objetivo investigar casos de situaciones de violación de derechos humanos. Este procedimiento especial se aplicó en la década de los setenta a Chile y Argentina.

Una parte importante de la doctrina considera que la Comisión falló en el cumplimiento de sus funciones predominan-

temente debido a su politización.<sup>86</sup> Los Estados o los grupos de Estados organizados *ex profeso* para actuar no con miras al cumplimiento de sus objetivos de promover y controlar la aplicación de los derechos humanos, sino para satisfacer sus agendas de política interna o internacional. En general, las críticas surgieron de diferentes fuentes. Las ONG la criticaron por su inactividad en asuntos de los Estados en donde era muy clara, *vox populi*, la violación de los derechos humanos. Además de que en algunos casos tenía doble agenda, politizando su funcionamiento, ya que se condenaba a los países subdesarrollados, protegiendo a los más poderosos. Aun también los Estados Unidos, Estado que tenía una gran influencia, criticó a la Comisión ya que fue elegida, en 2003, como *Chairperson* de la Comisión a Libia, y por otra parte, en 2004 fue reelecto Sudan en la Comisión a pesar de su acción en Darfur.<sup>87</sup>

Más tarde, este sistema se complementa con la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos bajo la autoridad del secretario general de la ONU y después con el CDH que substituye a la Comisión de Derechos Humanos e instaura el mecanismo del Examen Periódico Universal.

Pero hay que subrayar que las críticas a la Comisión marcaron el funcionamiento sobre todo del CDH, ya que su funcionamiento se ha hecho tomando como punto de referencia los fallos de la Comisión.

#### IV. EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

Aparte de los problemas de politización de la CDHONU que ya exigía una transformación, para algunos observadores el nacimiento del CDH en 2006, no es más que una maniobra de distracción

<sup>86</sup> Freedman, Rosa, "New Mechanism of the UN Human Rights Council", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011.

<sup>87</sup> Meghna, Abraham, "Building the New Human Rights Council", *Dialogue Globalization on Occasional Paper*, Ginebra, núm. 33, agosto de 2007.

de lo que era más urgente: la reforma del CS. Además, en opinión de esos observadores, no se avanzó en la eficiencia del sistema de control.<sup>88</sup>

La CDHONU fue creada mediante la Resolución 60/251 de la Asamblea General de marzo de 2006 y asumió los mecanismos, mandatos, funciones y responsabilidades de dicha Comisión. Actualmente, los propósitos y facultades del CDH son: *a)* promover el respeto universal para la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin ninguna distinción y de una manera justa y equitativa; *b)* atender las situaciones de violación de derechos humanos, incluyendo las graves y sistemáticas violaciones y emitir recomendaciones; *c)* promover la coordinación efectiva y el flujo de los derechos humanos.<sup>89</sup>

El CDHONU es un órgano más pequeño, 47 miembros, en lugar de 53 que tenía la Comisión, elegidos mediante voto secreto por el plazo de tres años, por una mayoría absoluta de la Asamblea General, de la cual es un órgano subsidiario. No se permite la reelección después de dos términos consecutivos. Sus miembros guardan una distribución regional y un tercio de ellos es elegido cada año. La misma Asamblea General puede suspender los derechos de los miembros que cometan graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, para eso se requiere de una votación de las dos terceras partes de sus miembros. Además, tiene obligación de establecer interacción con los Estados, con las instituciones nacionales encargadas de protección

<sup>88</sup> “Commentators have questioned the appropriateness of using human Rights issues to disguise what they regard as the latest effort to reform the Security Council. Others have argued that the outcome of the reform was not overtly significant in terms of the efficacy of the global human Rights regime...”. Dominguez-Redondo, Elvira, “Rethinking the legal foundations of control in International Human Rights Law. The Case of special Procedures”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 262 y 263.

<sup>89</sup> High Commissioner for Human Rights of the UN, *The United Nations Human Rights System How to Make it Work for you*; United Nations Geneva, 2008, p. 7; véase <http://www.ohch.org/en/publicationsresources/pages/factsheets.aspx> (consultado el 18 de enero de 2013).

de los derechos humanos, las ONG y otras entidades civiles. El Consejo sesiona mínimo tres veces al año, durante un total de no menos de diez semanas, con la posibilidad de tener sesiones extraordinarias, a petición de cualquiera de sus miembros y con la aprobación de las dos terceras partes de dichos miembros del Consejo.

A su vez, el CDHONU tiene, además, grupos de trabajo sobre poblaciones indígenas, las formas contemporáneas de esclavitud, minorías y el foro social.

Si bien, el CDHONU heredó los mecanismos principales de vigilancia de los derechos humanos que tenía la CDHONU, su antecesor, principalmente los procedimientos confidenciales y especiales, se trata de darle un mayor impulso a la promoción y protección de los derechos humanos. De esta manera, mediante la Resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU del 18 junio de 2007, el CDHONU tiene como objetivos la discusión de todas las temáticas de derechos humanos y las situaciones que requieren la atención del Consejo. Además, se establecieron como reglas de procedimiento y métodos de trabajo la transparencia, predictibilidad, imparcialidad, y se asegurará un diálogo genuino y con resultados orientados.

Así, los mecanismos con los que cuenta el CDHONU para llevar a cabo sus funciones son varios:

- La Revisión Periódica Universal.
- Los procedimientos especiales.
- El Procedimiento de Queja.
- El Comité Asesor.
- El Grupo de Trabajo Sobre el Derecho al Desarrollo.
- El Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- El Foro sobre Asuntos de Minorías.
- El Foro Social.
- Otros mecanismos relativos a la Declaración de Durban y el Programa de Acción adoptada en la Conferencia

## Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia.

### 1. *La Revisión Periódica Universal*

Como mecanismos de trabajo del nuevo CDH se estableció la RPU mediante la cual todos los miembros de la ONU, incluyendo los miembros del CDH, son sometidos a revisión en un plano de igualdad, cada cuatro años. La revisión se efectúa por un grupo de trabajo compuesto de miembros del Consejo que se reúnen tres veces por año por dos semanas en cada ocasión, reunido en grupo de tres Estados (*troika*) del Consejo que actúan como *Rapporteurs*, designados por el mismo Consejo.

Tres son las fuentes de la RPU para normar su criterio y emitir su resolución:

- Información preparada por los Estados bajo revisión, que puede tomar la forma de Reporte Nacional.
- Una compilación de la información de la ONU sobre la situación que guarda el Estado sujeto a revisión.
- Un sumario de los reportes, información de las instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones regionales de la sociedad civil, como las ONG, defensores de derechos humanos, instituciones académicas y de investigación.

Además, el grupo de trabajo realiza un diálogo interactivo, de tres horas, con el Estado sujeto de la revisión (aquí pueden participar los miembros del o los Estados observadores). Las ONG pueden presenciar la revisión, pero no pueden participar en la discusión.

Ahora bien, el resultado de la RPU es dictar una recomendación para ser aplicada por el Estado de que se trata o una parte independiente.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 11.

## 2. *Eficacia de la Revisión Periódica Universal, un ejercicio costoso*

Para determinar la eficacia de la RPU uno puede juzgar por sus resultados; entonces tomemos el caso concreto de México, en 2009, se emitió el Reporte del Grupo de Trabajo sobre la RPU.<sup>91</sup> Para poner en contexto y de esta manera poder opinar sobre la eficacia de un ejercicio de tal magnitud hay que tomar en cuenta que durante el periodo de 2006 a 2012, en el que ocupó la presidencia el señor Felipe Calderón, en México, en el marco de lo que se denominó “guerra contra el narcotráfico” se vivió una catástrofe humanitaria que tuvo como resultado, al final del sexenio, más de 100,000 muertos y 25,000 desaparecidos (los datos son periodísticos, por lo que pueden no ser precisos, pero que no le quitan la importancia y lo escandaloso del asunto).<sup>92</sup> El caso es que cuando se realiza la RPU se asesinaban narcotraficantes, militares y personas civiles, cientos de mujeres y desaparecían miles de personas en una crisis de profunda violencia que no tenía precedente desde la desatada por la Revolución mexicana de principios del siglo XX.

El ejercicio de la RPU a México fue amplio, con la participación de muchas personas, entre especialistas y representantes del Estado mexicano. La delegación de México estuvo encabezado por el secretario de Gobernación y 28 miembros, lo que supone un enorme gasto para el erario del Estado.

El examen de México se celebró en la 13a. sesión el 10 de febrero de 2009. El 8 de septiembre de 2008, el CDH eligió a Nicaragua, Pakistán y Sudáfrica como grupo de relatores (troika) para que facilitara el examen de México.

<sup>91</sup> “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010, pp. 617-655.

<sup>92</sup> Los datos son tomados de los periódicos: *La Jornada*, 23 de enero de 2013; Hernández López, Julio, “Astillero”, “...y su fallida guerra dejó más de 100,000 muertos y 25,000 desaparecidos, según México Evalúa y el listado de la PGR, publicado por *The Washington Post*”, p. 4.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto

en el párrafo 15 del anexo a la resolución 5/1, para el examen de México se publicaron los siguientes documentos:

- a) Un informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) (A/HRC/WG.6/4/MEX/1);
- b) Una recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 15 b) (A/HRC/WG.6/4/MEX/2);
- c) Un resumen preparado por el ACNUDH, según lo dispuesto en el párrafo 15 c) (A/HRC/WG.6/4/MEX/3).<sup>93</sup>

Después, de acuerdo con el procedimiento, por conducto de la troika, se transmitió a México una lista de preguntas preparada de antemano por Alemania, Dinamarca, Liechtenstein, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suecia.

El proceso de examen se compone de diferentes etapas, que a continuación comentamos.

A. Una exposición de México, la cual está caracterizada por: 1) información oficial, o una versión del gobierno, que difícilmente pasaría un examen independiente<sup>94</sup> dado la situación de violencia extrema por la guerra del narcotráfico; 2) una posición maniquea o bien pueril en donde los malos son los narcotraficantes y los buenos son las fuerzas armadas y de policía mexicanas,

<sup>93</sup> “Report of the Working Group...”, *op. cit.*, p. 657.

<sup>94</sup> “7. La consolidación democrática de México ha transformado profundamente las instituciones políticas, jurídicas y sociales y ha tenido como resultado una separación efectiva de poderes; una amplia red de órganos públicos de derechos humanos; una sociedad civil más activa y participativa; el reforzamiento y la armonización del marco jurídico institucional para promover y proteger los derechos humanos y una cooperación y transparencia plenas para con los mecanismos internacionales de examen de los derechos humanos”. *Ibidem*, pp. 3 y 4.

no obstante que pueden cometer excesos;<sup>95</sup> c) una información formal, como la existencia de garantías en la Constitución sin mencionar si se llevan a la práctica o no.<sup>96</sup> Por ejemplo, en México hubo una crisis espantosa con el asesinato de trabajadores migratorios que en su ruta hacia Estados Unidos atravesaban el país y fueron objeto de criminalidad de la delincuencia organizada y de los miembros de las autoridades migratorias corruptas, no obstante, en el ejercicio de la RPU se dio información meramente formal.<sup>97</sup>

B. Un diálogo interactivo y respuestas de México. En él formularon declaraciones 56 delegaciones. Al principio, como si fuera una competencia diplomática, para ver quién daba más elogios, se emitieron agradecimientos y felicitaciones para Méxi-

<sup>95</sup> "...Grupos pertenecientes al crimen organizado han matado a ciudadanos, periodistas, fiscales, policías y miembros de las fuerzas armadas..." La máxima amenaza viene del crimen organizado.

"El despliegue de fuerzas armadas se efectúa subsidiariamente, exclusivamente a petición de las autoridades civiles y con un carácter estrictamente temporal. La delegación conoce las preocupaciones que suscitan las presuntas violaciones de los derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas en la realización de sus tareas de seguridad pública, así como la inquietud por el funcionamiento de la justicia militar en México, pero reitera la firme adhesión de los miembros de las fuerzas de seguridad que participan en la lucha contra el crimen organizado al pleno respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos". *Ibidem*, p. 4.

<sup>96</sup> "La Constitución prohíbe toda forma de discriminación y existen a estos efectos una Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación y un Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. La discriminación contra una mujer, especialmente si entraña violencia, es un importante motivo de preocupación y una gran prioridad y México conoce bien los importantes problemas que se plantean a este respecto..." *Ibidem*, p. 5.

<sup>97</sup> México ha promovido una política exterior encaminada a proteger los derechos de los mexicanos que viven fuera del país. México tiene que asegurar la coherencia entre el trato digno que exige para los mexicanos que viven en el exterior y el trato que da a los migrantes extranjeros en su territorio. En consecuencia, en julio de 2008, se despenalizó la migración indocumentada. *Ibidem*, p. 6.

co.<sup>98</sup> Al parecer, lo que se calificaba era la forma, mas no la esencia, el contenido. Es decir, no se calificaba si el informe nacional y la ratificación de los instrumentos de derechos humanos (que en sí puede ser un avance) se reflejaban en el respeto de los derechos humanos en el interior del país. Sin embargo, a continuación se expusieron en forma puntual, Estado por Estado participantes, los cuestionamientos y las recomendaciones para después pasar a la siguiente parte del documento final.

C. Conclusiones y recomendaciones. En el punto 93 se presentaron 83 recomendaciones puntuales que “fueron examinadas por México y cuentan con su aprobación” y en el punto 94 se adicionaron ocho recomendaciones más. Por último se pasó a los:

D. Compromisos voluntarios del Estado examinado. Los compromisos de México son vagos, con un lenguaje nada preciso que no distan para nada de un discurso de un político en campaña.<sup>99</sup> Lo que llama la atención es el compromiso de darle seguimiento a las recomendaciones: “97. México se ocupará del seguimiento de las recomendaciones con la plena participación de la sociedad civil y de las instituciones autónomas de derechos humanos por conducto de la Comisión de Política Gubernamen-

<sup>98</sup> “...numerosas delegaciones agradecieron a México su exhaustiva presentación y la calidad de su informe nacional, que se preparó en consulta con la sociedad civil. Se felicitó a México por su plena cooperación con los mecanismos internacionales de derechos humanos, en particular su ratificación de todos los instrumentos de derechos humanos pertinentes, su invitación permanente a los procedimientos especiales y el reconocimiento de la competencia de los órganos para recibir quejas. La contribución positiva de México a la labor del Consejo de los Derechos Humanos y el proceso de construcción institucional también se agradeció de manera particular”. *Ibidem*, p. 6.

<sup>99</sup> “96. Para reforzar el estado de derecho con instituciones de seguridad y justicia capaces de proteger efectivamente los derechos humanos y para superar las desigualdades sociales, México se compromete a tomar las medidas necesarias para abordar activamente las recomendaciones formuladas durante el Examen Periódico Universal en el marco del Programa Nacional de derechos humanos para el período 2008-2012. México obrará también, en el ámbito del acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, para favorecer la aplicación de las recomendaciones”. *Ibidem*, p. 29.

tal en Materia de Derechos Humanos”.<sup>100</sup> Lo cual es absurdo que se pida al Estado violador que dé seguimiento a las recomendaciones hechas por su incumplimiento, lo que no descarta que se mantenga un *statu quo* que contradiga la plena vigencia de los derechos humanos, que en otro momento violó.

Más adelante, México presentó un documento<sup>101</sup> en el que se contiene la respuesta a las recomendaciones hechas en el punto 93 del Reporte sobre la RPU. Este segundo documento también está plagado de verdades formales, de buenas intenciones y si no es que de afirmaciones no precisas que tienden a enmascarar la situación real del país en materia de derechos humanos. Tomemos algunos ejemplos.

En principio, un gran mérito fue la reforma de la Constitución en materia de derechos humanos, que ya se anuncia en el documento y que se alcanzó en 2011.<sup>102</sup> Nos referimos a ella en otra parte de este trabajo. Uno de los asuntos más importantes y graves es que no se ha obtenido la reforma legal que termine con el fuero militar en delitos cometidos por militares contra la población civil, y esto a pesar de la sentencia de la Corte IDH en

<sup>100</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Mexico. Addendum. Views on conclusions and/or Recommendations, Voluntary Commitments and Replies Presented by the State Under Review. Complementary Response of the Government of Mexico to the Recommendations in the Report of the Working Group on the Universal Periodic Review (A/HRC/11/27)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010, pp. 657-677.

<sup>102</sup> “On April 23, 2009, the Chamber of Deputies of the Mexican Congress passed a draft decree containing several amendments to the Constitution on human rights. The draft is currently being studied by the Senate, which will analyze it upon the start of their deliberations next September. Among other topics, the decree proposes to include full Constitutional recognition of the human rights acquired through international treaties that Mexico has ratified; the *pro persona* principle in the application of human rights norms; and the obligation of the authorities”. *Ibidem*, p. 657.

el *Caso Radilla*. Sin embargo, en su documento, México lo anuncia como un compromiso vago.<sup>103</sup>

Otro de los grandes tópicos es el del arraigo, en donde hay una fuerte corriente para que se suprima por ser violatorio de derechos humanos, sin embargo, el gobierno mexicano lo defendió en su respuesta.<sup>104</sup>

Estos son dos ejemplos, pero un análisis minucioso del documento de México; confrontarlo con la realidad nos hace pensar sobre lo costoso que es para los Estados mantener un sistema de tal magnitud y poco impacto en el fortalecimiento y en la real aplicación de los derechos humanos. Simplemente parece débil, si no inocuo, dejando al Estado en revisión la encomienda de darle seguimiento a las recomendaciones. Quizás ésta debería ser la labor de un organismo externo al Estado en revisión, precisamente de la Comisión, y dejando que las ONG independientes participen más en el proceso.

### 3. *El sistema de procedimientos especiales*

Este sistema, como lo vimos, fue creado por la CDHONU, y en realidad no hay reformas que puedan mejorarlo; es un me-

<sup>103</sup> “12. The 2008-2012 National Human Rights Programme includes “promoting reforms to the military justice system in accordance with the international human rights commitments adopted by the Mexican State”. The dialogue regarding this objective will take place within the Government’s Human Rights Policy Commission, where Mexican civil society organizations participate actively”. *Ibidem*, p. 661.

<sup>104</sup> “20. In light of the recent reforms, *arraigo* is an extraordinary precautionary measure that complies with the standards established in the International Covenant on Civil and Political Rights and within the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. *Arraigo* is determined by a specialized judicial authority (control judge) under conditions and procedures determined by law. This judicial authority is designated based on the principles of transparency and impartiality that are needed to guarantee the effective operation of the judicial system”. *Ibidem*, pp. 664 y 665.

canismo dirigido a una situación especial en un Estado o una situación concreta de violación de derechos humanos. Los procedimientos especiales se realizan ya sea por individuos (especial *rapporteur*, representante especial del secretario general o experto independiente) o bien por un grupo de trabajo, generalmente compuesto de cinco miembros (uno de cada región). Este sistema ahora cuenta con un Código de Conducta que ha sido ampliamente criticado porque puede ser intrusivo en los Estados.

Las ONG internacionales, regionales y nacionales y otros actores de la sociedad civil juegan un papel muy importante en este mecanismo. Otra de las características que tiene es que no se solicita el agotamiento de los recursos internos para que pueda proceder y, aún más, puede ser activado aunque un Estado no haya ratificado el instrumento o tratado internacional que sirve de base al procedimiento.

En el marco de este sistema se han desarrollado varios métodos de trabajo. Por ejemplo, se pueden recibir denuncias sobre violaciones específicas de derechos humanos, entonces se envían llamadas o comunicaciones a los gobiernos acusados de violar derechos humanos solicitándoles la aclaración sobre el asunto o bien se pueden realizar estudios sobre el estado que guardan los derechos humanos e inclusive, a petición de un Estado, se pueden realizar revisiones *in situ* del comportamiento de las autoridades judiciales, administrativas y legislativas en materia de derechos humanos.

#### 4. *El procedimiento de queja* (Complaint Procedure)

Se basa en el procedimiento 1503 creado por la desaparecida CDHONU y éste es una de sus herencias, aunque con algunas mejoras. La queja confidencial del CDH permite a los individuos, grupos de individuos u ONG interponer denuncias sobre violaciones de derechos humanos ante el mismo CDH. Este procedimiento está más orientado a las víctimas y dura más. Los criterios de admisibilidad son los mismos del procedimiento 1503, como,

por ejemplo, el de agotamiento de los recursos internos. Durante el procedimiento se asegura que el denunciante y el Estado involucrado estén informados tanto del procedimiento como de sus partes claves. Las ONG que quieran participar no requieren de un previo reconocimiento del ECOSOC.

En el marco del procedimiento de denuncia se crean dos grupos de trabajo, uno sobre “comunicaciones” y otro sobre “situaciones”, las cuales examinan las demandas que se reciben y se ponen a la atención del CDH, relativas a las violaciones de derechos humanos y las libertades fundamentales, ambos grupos se reúnen por lo menos dos veces al año durante cinco días en cada periodo. El procedimiento provee más opciones sobre las medidas que pueden ser tomadas por el Consejo a la conclusión del proceso.

### 5. *El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*

Éste es un nuevo órgano que reemplaza a la Subcomisión sobre la promoción y protección de los derechos humanos, aunque se considera como un nuevo órgano. El Comité Consultivo tiene una función meramente de *think tank* (los expertos no tienen la posibilidad de tomar iniciativas independientes); realiza consultoría; proporciona expertos e investigaciones y estudios sobre temas relativos al Consejo y a su petición. El Comité Asesor está compuesto por 18 expertos en derechos humanos elegidos por un criterio de distribución regional, quienes duran en su encargo un periodo de tres años y tienen posibilidades de una reelección. Funciona con dos sesiones anuales a lo máximo de 10 días, con posibilidad de reuniones extraordinarias.

## V. EL TERCER COMITÉ DE LA ASAMBLEA GENERAL

Tiene competencia para conocer de asuntos relativos a aspectos sociales, humanitarios y de derechos humanos, tales como la pro-

tección del derecho de las mujeres, niños, indígenas, refugiados, la eliminación del racismo y la discriminación racial y los derechos a la autodeterminación. Cada año, el III Comité, durante noviembre, tiene una discusión general sobre una amplia gama de asuntos en materia de derechos humanos; oportunidad para que los Estados y órganos de la ONU presenten opiniones y comunicados. El III Comité adopta resoluciones no vinculantes y recomendaciones a la Asamblea General de la ONU. También conoce de reportes del CDH.

## VI. EL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACDH) dirige la OACDH y el Programa de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos; además se considera como la autoridad global de derechos humanos y es parte del Secretariado General de la ONU. El ACDH tiene como responsabilidad promover y proteger todos los derechos humanos protegidos por la Carta de San Francisco y en general del derecho internacional de los derechos humanos, y colabora con todas las oficinas de derechos humanos de la ONU, incluyendo el Consejo de DH. Realiza investigaciones y desahoga consultas en todo lo relativo a derechos humanos, tiene oficinas en todo el mundo y colabora con los Estados en la promoción y protección de los derechos humanos.<sup>105</sup>

## VII. EL CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA SEGURIDAD INTERNACIONAL COMO PARTE DEL CONTROL

El CS es uno de los órganos más importantes de las ONU, su importancia radica en que en él se centra fundamentalmente (no únicamente), la gran tarea de mantenimiento de la paz y seguridad

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 19.

internacionales, para ello se le proveyó de acción coercitiva (él es único que centraliza esa acción), y en el diseño de la ONU a sus cinco miembros permanentes también se les dotó del importante derecho de veto. Eso convierte al CS en un órgano privilegiado y como sabemos actualmente un órgano hiperactivo, cuasi legislativo, después de que durante la GF la confrontación frecuentemente lo paralizó. El Capítulo VII de la Carta de San Francisco, en la última década, ha sido objeto de atención por la doctrina por su actuación *ultra vires* para algunos, o bien por su significación en la evolución del DI, para otros. En realidad ambas corrientes tienen algo de razón, el problema es discernir cuándo estamos ante una violación del DI y cuándo se trata de una evolución de la normatividad internacional vía la acción de los Estados.

### 1. *La seguridad internacional durante la Guerra Fría*

El concepto político así como la estructura jurídica de la “seguridad internacional” están íntimamente ligadas a las patologías del acontecer internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, la SI era un concepto que respondía o estaba dirigido contra la acción de los Estados que pudieran poner en peligro la paz y seguridad internacionales, tanto a nivel internacional, como regional; no era para menos, ya que el desencadenamiento de la Primera y la Segunda Guerra Mundial se debió a la acción agresiva de los Estados. El preámbulo del Pacto de la Liga de las Naciones es el antecedente de la expresión contenida en el artículo 1o. “paz y seguridad internacionales”. A su vez, el Pacto está inspirado en la tradición estatal, en la cual se inspira la Paz de Westfalia.<sup>106</sup>

<sup>106</sup> Morillo Herrada, Zósimo Roberto, “La evolución del concepto de seguridad internacional. De la seguridad interestatal a la seguridad humana, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, t. LVII, enero-abril de 2007, p. 183.

Además, su enfoque originalmente se diseñó como meramente militar, con órganos e instituciones que estaban y están facultadas para el ejercicio de la fuerza militar en caso de conflictos que pongan en peligro la paz y seguridad internacionales. Sabemos que en la estructura de la Carta de San Francisco, el CS y sus facultades, de acuerdo con el Capítulo VII, son partes medulares de la estructura onusiana. Recordemos que el CS tiene monopolizada la acción coercitiva y como parte de la institución de la SC está la legítima defensa individual o colectiva, lo que produce un efecto de extensión de la Seguridad Colectiva que garantiza la ONU a instituciones como la Organización del Atlántico Norte (OTAN), el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y otros esquemas de seguridad colectiva en el mundo.

Sin embargo, este concepto de SI ha sido sometido a la prueba de la práctica internacional. Así, durante la GE, la OTAN, el Tratado de Varsovia, el CS y el TIAR tuvieron un gris desempeño, se movieron al ritmo de la política de contención de las dos hegemonías, creando el equilibrio del terror. Las organizaciones de los polos, la OTAN y el Tratado de Varsovia, se enfrascaron en una carrera de armamentismo absurda. Los conflictos se mantenían como expresión del avance de tal o cual polo.<sup>107</sup> El TIAR estaba sometido a la gran potencia continental, no supo cómo funcionar adecuadamente en los casos de Cuba y las Malvinas, y el funcionamiento del CS, en virtud del veto otorgado a las potencias hegemónicas, se vio frecuentemente obstruido.

Aun así, el enfoque militar se mantuvo, tomando en cuenta a los Estados como eje central, como actores fundamentales, inclusive del DI. Los conflictos internos, como las guerras de liberación y las guerrillas internas, estaban supeditados al marco jurídico de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de

<sup>107</sup> En la ciencia de las relaciones internacionales se habla de la “doctrina de las suma cero”, como se le dice a la expresión de la idea de que “lo que gana una de las partes, automáticamente lo pierde la otra” (Rosas González, María Cristina, “Las nuevas concepciones sobre la seguridad internacional”, *Relaciones Internacionales*, México, núm. 59, julio-septiembre de 1993, p. 19).

1977. En ese marco jugaron un papel importante los principios de no intervención en los asuntos internos de los Estados y auto-determinación que protegían la soberanía estatal. Sin embargo, durante ese tiempo hubo una mutación del concepto de soberanía, cuando la intervención pasó a ser un dominio o intervención de carácter económico.

## *2. El fin de la Guerra Fría y los acontecimientos del 11 de septiembre*

El fin de la GF trajo un cambio sustancial en las relaciones internacionales. El resquebrajamiento del bloque socialista, y con ello el fin del esquema bipolar, produjo una composición del mundo que aún no deja de moverse, y un orden internacional en gestación. Las relaciones internacionales se han visto caracterizadas por otros fenómenos que impactan por supuesto la SI; entre ellos tenemos los siguientes:

- Los países del tercer mundo dejaron de ser un escenario de enfrentamiento entre las hegemonías; los conflictos internos entonces afloraron constituyéndose en conflictos que, según alegan las grandes potencias, ponen en peligro la SI. Los asuntos internos se convirtieron en fuente de peligro para la nueva estabilidad internacional.
- La pobreza y la marginalidad son causantes de migraciones masivas.
- Hay conflictos internos con masivas violaciones de derechos humanos, incluyendo los conflictos entre nacionalidades.
- Hay problemas económicos y de ingobernabilidad interna que producen crisis internacionales.
- Hay un grave deterioro ecológico que pone en jaque el equilibrio ecológico mundial.
- Hay crimen organizado de extensión transnacional en la expresión del narcotráfico o el terrorismo.

A lo anterior aunemos las relaciones internacionalizadas caracterizadas por una tendencia a la unipolaridad con hegemonía de los Estados Unidos, que frecuentemente despliega una política unilateral y que se manifiesta en las figuras de legítima defensa preventiva y la intervención por carácter humanitario, entre otras figuras. En lo que toca a la SI, en el fin de Guerra Fría, en principio, se ha mantenido el enfoque militarista y, aún más, se intensificó con el paraguas legal, del CS de la ONU, lo que es evidente es que está rebasado este esquema. Por primera vez, sin que hubiera veto de por medio, el CS se dio a la tarea de dictar resoluciones que sirvieron de fundamento legal en la Guerra de Irak I, en Kosovo y sobre todo creó tribunales, dio vida al concepto de intervención por carácter humanitario, estableció una serie de disposiciones en la lucha contra el terrorismo en activismos que en algunos casos son *ultra vires*.

Sin embargo, son observables otros cambios en la SI, ya que se enfoca no sólo a los conflictos interestatales, sino también a los conflictos intra estatales. No es que no haya habido conflictos internos durante la GF, sino que ellos se tomaban por alguna de las potencias como catapulta contra la otra hegemonía para deslegitimar y avanzar en sus políticas expansionistas. Al fin de la GF los conflictos internos quedan sueltos, a la deriva, sin un padrinzago. A los Estados Unidos no le interesa resolver los conflictos internos cuando sus intereses no van en juego.<sup>108</sup> De esa manera, algunos conflictos internos son tomados como parte de la agenda de SI, como es el caso de la lucha contra el terrorismo que se intensifica con el ataque terrorista del 11 de septiembre; la violación masiva de los derechos humanos, los intentos de independencia de algunos grupos nacionales que surgen como fuente de atención para la SI.

<sup>108</sup> Battaglino, Jorge M., “Transformaciones en la seguridad internacional en la post Guerra Fría: su impacto en América del Sur”, *Estudios Internacionales*, Chile, núm. 160, 2008, p. 20.

Otro aspecto que juega un papel importante es el debilitamiento del Estado por la aplicación de las políticas neoliberales desde la década de los años ochenta del siglo pasado. El Estado se limita en su capacidad de resolver las problemáticas internas que muchas veces tienen sus raíces en el exterior.

### 3. *Un nuevo concepto de seguridad internacional*

Sin embargo, si bien el escenario de las relaciones internacionales se ha modificado sustancialmente, no ha sido así el enfoque militar de la SI, aunque para una corriente, en la cual nos incluimos, para mantener o lograr la SI no es suficiente el uso de la fuerza militar, sino un cambio del concepto de igualdad soberana, por un concepto de igualdad igualadora, distributiva a nivel interno y un regreso a la cooperación internacional (concepto que se abandona con las políticas neoliberales) en virtud de la interdependencia que se incrementa con la globalización de las relaciones económicas internacionales.

Actualmente podemos identificar dos corrientes en lo que respecta a la SI. La primera toma a la SI sin ningún cambio, de ahí que se mantenga el esquema militarista y con su centro de atención en el CS como centro del ejercicio de la acción coercitiva y con una actividad intensa cuasilegislativa, interviniendo en asuntos de terrorismo, de lavado de dinero, de derechos humanos, etcétera.

La segunda ve a la SI desde una perspectiva integral que incluye bienestar económico, estabilidad política, desarrollo, respeto y protección de los derechos humanos, respeto de las normas ambientales, así como cooperación en caso de desastres naturales.<sup>109</sup> Por ejemplo, la pobreza y desigualdad en el interior de los Estados producen explosión de violencia interna o bien flujos migratorios importantes de población que ponen en peli-

<sup>109</sup> Rodríguez Chacón, Luis Miguel, “Seguridad internacional y soberanía en los países en desarrollo”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, t. LVII, enero-abril de 2007, p. 92.

gro la SI, las economías de los países desarrollados, asimismo, la apertura de los mercados ante la globalización ha producido, a su vez, un flujo importante de capitales de los Estados pobres a los ricos, lo que causa asimetría en el desarrollo y tensiones sociales. De ahí que el concepto de “Estados fallidos” es un diagnóstico que no es suficiente sin analizar por qué son fallidos los Estados.

Por otra parte, la SI se ve en peligro por los fenómenos “naturales”, como los sismos que destruyeron a Haití, o de algunos que no son tal, sino son provocados por la acción del hombre en el medio ambiente, como los *tsunamis*. Por otra parte, el manejo del terrorismo por el CS no se ciñe a las reglas de DI tanto convencional como consuetudinario en relación con la legítima defensa, como muestra en el caso de Afganistán, Estados Unidos y Gran Bretaña, que han utilizado tal institución en forma ilegal en su lucha contra el terrorismo.<sup>110</sup>

#### 4. *El activismo del Consejo de Seguridad y su legalidad*

En este nuevo escenario en el que se mueve el CS, que en parte es novedoso, lo más normal es que ya se hubiera reformado, sin embargo, no ha sido así. A pesar de que el CS ya no refleja las relaciones internacionales contemporáneas, el candado impuesto por los Estados en la Carta de San Francisco es muy fuerte, ya que para reformarse es necesario que estén de acuerdo, mínimo “por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Pérez-León Acevedo, Juan Pablo, “Los mecanismos del derecho internacional frente al terrorismo internacional como amenaza a la seguridad internacional”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, t. LVII, enero-abril de 2007, pp. 120-157.

<sup>111</sup> Artículo 108 de la Carta de San Francisco.

En efecto, a partir de la década de los noventa con la caída del bloque socialista, el CS ha entrado en un fenómeno de hiperactividad que ya ha notado la profesora Soledad Torrecuadrada en datos que son muy significativos:

El 66. 1% de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad se han producido después de aquel 2 de agosto [la autora se refiere a agosto de 1990] Esto nos conduce a que en menos de la mitad de tiempo (en 21 años) se han adoptado el doble de resoluciones que las producidas entre 1945 y el verano de 1990.<sup>112</sup>

Sin duda, la gran actividad del CS es plausible porque este organismo tiene la gran encomienda de velar por la SI y con ello realiza sus funciones; sin embargo, el cuestionamiento que se da en la doctrina se refiere a la competencia (a la cual nos referimos en otra parte del libro) para dictar ese tipo de resoluciones, en donde se le da una especial interpretación a su “responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”, contenida en el artículo 24 de la Carta de San Francisco y a la competencia, que también la Carta le concede, en su artículo 39, para determinar “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión...”. Y si vemos que sus resoluciones en estas materias son obligatorias y que cuentan con el monopolio de la fuerza, entonces causa una gran preocupación que actúe fuera del DI.

Dicho en otras palabras, el CS es el órgano de control de la aplicación del DI en temas políticos sensibles, pero no por ello queda al margen del DI, que tiene como encargo la delicada tarea de velar por la SI (dos guerra europeas, de repercusión mundial, en el siglo XX, pusieron de manifiesto su importancia y trascendencia).

El diseño del CS, en la década de los cuarenta del siglo pasado, evidentemente no resiste un análisis jurídico de la actuación

<sup>112</sup> Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posible soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, p. 367.

de este órgano en el siglo XXI. Este órgano de la ONU ha venido aplicando una serie de medidas que son consideradas de carácter legislativo y que han sido objeto de la atención de la doctrina de DI. Mónica de la Serna, en un análisis minucioso de la actuación del CS, observa cómo este organismo:<sup>113</sup>

- Ha considerado ciertos problemas como “amenaza de la paz”, tal como la protección de civiles en las guerras internas, violaciones de los derechos humanos y el terrorismo.
- Ha creado una serie de comisiones como la United Nations Compensation Commission.
- Ha creado tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Rwanda.
- Dictó la resolución 688 (1991) para la imposición de obligaciones de desarme y de sanciones económicas a Irak.
- Ha dictado una serie de resoluciones en los casos de Somalia: las resoluciones 733 (1992); 794 (1992); Yugoslavia Resoluciones 713 (1991), 827 (1993), 836 (1993); Rwanda Resoluciones 918 (1994); 955 (1994); Libia Resoluciones 731 (1992) y 748 (1992); Sudan Resolución 1054 (1996); Afganistán 1214 no actuando bajo el capítulo VII, 1267.
- En la crisis de Haití, el CS, por primera vez, consideró que la ausencia de democracia constituye una amenaza de la paz, Resoluciones 841 (1993) y 917 (1994).

En un análisis detallado de estas resoluciones, y otros más, se puede desprender que las razones expuestas no tienen fundamento jurídico, ya que no constituyen una amenaza a la paz y a la seguridad en la región. Simplemente, el caso de Haití es un problema que tiene que ver con la cooperación internacional, con los mecanismos de ayuda a una nación pobre, pero que no están

<sup>113</sup> De la Serna Galván, Mónica, “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by Security Council. Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 147-185.

inmersos en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, o bien en el caso de Libia y su Resolución 731, que es un caso grave, indudablemente de terrorismo y de no cooperación de un Estado (Libia), pero ¿acaso puso en peligro la paz y seguridad internacionales? Con este paso, el CS anula las normas internacionales en materia de cooperación penal internacional, extradición, policía, etcétera, que se han creado durante el siglo XX.

Mención especial merece la Resolución 1373 (2001) que fue una respuesta a los ataques del 11 septiembre de 2001, mediante la cual se establece que cualquier acto de terrorismo internacional constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales. La resolución impone a todos los Estados la obligación de tomar medidas contra el terrorismo y a modificar, en dado caso, sus legislaciones internas. Si bien la resolución se tomó por unanimidad, se hace en circunstancias especiales, en el marco de un trauma mundial como fue el ataque a las torres gemelas que fue transmitido por las poderosas cadenas de televisión a todo el mundo. Como sucedió, ningún Estado se va a negar a condenar actos de violencia de tal magnitud. Aunque en un análisis, con la cabeza fría, se puede ver que esta resolución tiene características de ley (es general y abstracta) con lo que el CS, en consecuencia, sí está legislando.

Como observa Mónica de la Serna, ninguna disposición de la Carta de San Francisco le da facultades legislativas al CS,<sup>114</sup> lo cual es muy grave, pues todavía sigue siendo controlado por sus miembros permanentes que ya no son las grandes potencias, como lo fueron en 1945.

Ahora, si bien el artículo 25 de la Carta de San Francisco es claro al establecer que “los miembros de las Naciones Unidas

<sup>114</sup> “As we have seen, there is no single provision in the UN Charter that empower the Security Council to enact abstract and general rules of law (‘legislation’) for the whole international community. Even when there is a threat to the peace, the Security Council is not unbound by law in particular *ius cogens*, as well as the purposes and principles of the UN”, en *ibidem*, p. 184.

convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esa Carta”, se entiende que el CS debe de actuar de conformidad con la Carta que establece la obligación de que la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los principios que están previstos en el artículo 2o. de la misma Carta, es decir, el CS tiene límites en el OPI del cual forman parte los PDI.

Si bien no todas las resoluciones del CS pueden considerarse como legislativas, eso no implica que algunas de ellas puedan calificarse como *ultra vires*, lo cual trae como consecuencia que uno de los controles por excelencia de la ONU también requiera un control, es decir, control sobre el control. A reserva que este tema lo trataremos más adelante, por ahora hay que dejar apuntado que la hiperactividad del CS ha llevado a que los Estados piensen en ajustar sus normas internas en materia de recepción del DI en derecho interno, lo cual si se excede se puede ver como un retroceso a la soberanía tradicional de mediados del siglo pasado.

### 5. *Las decisiones ultra vires del Consejo de Seguridad*

La problemática planteada por el control de los actos *ultra vires* del CS es compleja porque se trata de un órgano político que está provisto de sanciones y de poder coercitivo, y al cual sus creadores le otorgaron ni más ni menos que la responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales, la preocupación más grande después de la Primera Guerra Mundial se plasma en la creación de la Liga de Naciones y después de la Segunda Guerra Mundial en la creación de la ONU.

Entonces en el siglo XXI nos encontramos con un organismo de importantes, trascendentes responsabilidades, con una estructura que no refleja la actual composición de las relaciones internacionales, con una estructura jurídica bastante amplia que está sujeta a interpretación de los mismos que la aplican y en consecuencia con una gran tentación a actuar fuera de sus facultades,

como de hecho sucede no en pocas ocasiones. En consecuencia, el tema del control y la sujeción a un EDI son tópicos de suma importancia.

Del cúmulo de trabajos dedicados a analizar la actuación del CS en el mundo de la Posguerra Fría tomamos el de la profesora española Soledad Torrecuadrada, quien, en busca del control de este órgano de la ONU, distingue<sup>115</sup> entre los mecanismos internos y los mecanismos externos.

Dentro de los mecanismos internos en modalidad de control directa e interna al órgano, ella ve el mismo veto. En realidad consideramos que si bien estrictamente el veto es un mecanismo de control, al ser esencialmente político no funciona como control, por ejemplo, de la legalidad de sus actos. El veto es un mecanismo diseñado para un sistema de las relaciones internacionales de 1945 y que ya no existe, entonces el gran poder que se les otorga a cinco potencias, ya de segundo nivel, es muy grande frente a potencias económicas en ascenso y Estados subdesarrollados, que en su mayoría no participaron en la estructura del sistema de relaciones internacionales, más bien se adhirieron con grandes carencias y necesidades, pero desprovistos de poder político para modificar el *status quo* que no les beneficia.

En un sistema estatista, de dominio de las grandes potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, los miembros permanentes del CS es claro que no representan a nadie más que a sus intereses estatales. Los gobiernos de las potencias del club de los cinco responden ante sus electores, no a lo que digan o lo que puede ser benéfico para los países con menos desarrollo. Se podría argumentar que por eso existen los miembros no permanentes, pero en realidad la estructura de la ONU si bien está basada en la idea de cooperación internacional hacia la creación de una comunidad de Estados, de manera contradictoria está animada por la idea westfaliana del Estado como centro de todo. Pedirle a las grandes potencias, en el esquema actual de las relaciones in-

<sup>115</sup> Torrecuadrada, Soledad, *op. cit.*, pp. 388-390.

ternacionales, que se porten bien es como pedirle al lobo que vive con corderos que no se los coma. De ahí que sea necesario crear otro tipo de controles del control.

Por otra parte, la profesora Torrecuadrada fija su atención también en lo que ella denomina “controles indirectos”, como son la CIJ que aun cuando también es un órgano de la ONU, es externo al CS, y por otra parte a las cortes europeas, concretamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En principio, ella observa que si bien

la Carta (se refiere a la Carta de San Francisco) carece de una atribución competencial a la Corte para ejercer un control de legalidad sobre las decisiones del Consejo de Seguridad. Esta ausencia no impide ese ejercicio de modo indirecto, en el curso de un procedimiento contencioso o consultivo en presencia. Por otra parte, no podemos olvidar que está obligada a conocer de las controversias (y a responder de las cuestiones) que se le sometan salvo que, en ejercicio de la “competencia de la competencia”, decida su improcedencia, en su defecto no puede resistirse al ejercicio de la jurisdicción (artículo 36.6 del Estatuto). Sus normas reguladoras le impiden discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, así, el artículo 36-1 de su Estatuto afirma su competencia en relación a todos los litigios que las partes le sometan, el artículo 38 reitera este contenido, estableciendo “La Corte, cuya misión es arreglar conforme al derecho internacional que se le sometan...” Obligación de conocer que la misma Corte, en su jurisprudencia, ha reiterado.<sup>116</sup>

Además, sería muy útil para el desarrollo del DI que la CIJ empezara a interpretar la Carta de San Francisco, en lo relativo al Capítulo VII, que tiene un lenguaje vago, por su generalidad; lo mismo sucede con las resoluciones que dicta, que como son producto de negociaciones políticas, muchas veces intensas, sus

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 390 y 391.

resultados son ambigüedades.<sup>117</sup> Ésta sería una labor que desarrollara la CIJ a través del tiempo, en forma reflexiva, con tiempo, porque los trabajos de la CIJ así lo reclaman.

Sin embargo, aquí vemos problemas cuando estamos hablando de conflictos que requieren una intervención inmediata con riesgo de que se produzcan con actos ilegales y daños irreparables. Por ejemplo, tomemos como hipótesis una resolución X, que dicte el CS, que implique una acción armada en tal o cual Estado y que en realidad su legalidad sea discutible. La acción armada no se detiene y produce golpes militares irreparables. De poco serviría acudir ante la CIJ si no se detiene la acción ilegal. Declarar que la acción fue ilegal y que la víctima tiene derecho a una reparación, es otra historia que si bien es importante es *post facto*.

Por supuesto que sería idóneo que la CIJ tuviera mecanismos para detener la acción del CS cuando haya elementos para considerar que es ilegal. Si bien, el Estatuto de la CIJ prevé las medidas provisionales,<sup>118</sup> en realidad no están diseñadas para controlar los actos del CS. O puede ser vía las opiniones consultivas,<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Véase Byers, Michael, “Acordando a disentir. La Resolución 1441 del Consejo de Seguridad y la ambigüedad internacional”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Irak*, México, UNAM, 2005, pp. 113-143.

<sup>118</sup> El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

“1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificará inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”.

<sup>119</sup> Recordemos lo que la Carta de San Francisco establece en su artículo 96:

“1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”.

la cual no está explorada como debería ser en el momento de una transformación esencial de las relaciones internacionales.

También hay otro problema de carácter procesal del litigio ante la CIJ, que son los costos del procedimiento. Lo complejo y técnico que es el procedimiento ante la CIJ en la Haya, requiere de abogados altamente especializados y costosos que ocupan mucho tiempo en la defensa. Sabemos que existe un presupuesto de la ONU para destinarlo a los Estados que tengan necesidad de litigar y no tengan recursos financieros, pero no es suficiente para muchos Estados.<sup>120</sup>

Por último, la profesora Torrecuadrada se refiere al control indirecto de los tribunales comunitarios europeos, TJUE y el TEDH. La intervención del TJUE tiene su origen en las Resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000) del CS, que en su lucha contra el terrorismo decide crear un Comité que elabora una lista de nombres de personas supuestamente relacionadas con el terrorismo y ordena a los Estados en donde esas personas se encuentran a congelar fondos y activos de quienes aparecieran en dicha lista. Para la aplicación de tal resolución del CS, el Consejo de la UE adoptó el Reglamento 881/2002.

La cuestión es que en las mencionadas listas aparecieron los nombres de Yassin Abdullah Kadi y Al Barakat International Foundation, quienes interpusieron un recurso de anulación del reglamento alegando:

1. Violaciones del derecho de defensa.
2. El derecho de la tutela judicial efectiva.

En primera instancia, el TJUE rechazó el recurso por considerar que no tenía jurisdicción para revisar la legalidad del acto

<sup>120</sup> Mediante documento del 1o. de noviembre de 1989 el secretario general de la ONU anunció la creación del Fondo Fiduciario del secretario general para asistir a los Estados en el arreglo de controversias a través de la CIJ; mediante dicho fondo se ofrece cooperación financiera a los Estados para sufragar los gastos de un litigio internacional ante dicha Corte.

que viene del CS. Sin embargo, en su segunda instancia, el TJUE, en sentencia dictada el 3 de septiembre de 2008, anuló la sentencia del TPIY y el Reglamento 881/2002, afirmando que:

...las jurisdicciones comunitarias deben conformarse a las competencias de las que el TCE les enviste, asegurar un control, en principio completo, de la legalidad del conjunto de los actos comunitarios a la vista de los derechos fundamentales, haciendo parte integrante de los principios generales del derecho comunitario, incluso sobre los actos comunitarios que, como ocurre con el reglamento litigioso, pretende aplicar las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta.<sup>121</sup>

El tribunal europeo reconoció la supremacía del CS derivado de la Carta, pero centró su decisión y su control en la legalidad del acto de aplicación de las resoluciones del CS, con lo que, sin duda, su sentencia es paradigmática. No obstante, deja varios cabos sueltos.

En principio, se dejan incólumes las resoluciones del CS, que a todas luces son actos legislativos por su carácter de generalidad y abstracción, y en consecuencia ilegales porque dicho órgano de la ONU no está investido con las facultades de órgano legislativo mundial. Con la decisión del tribunal europeo se da pie a que se subsane el Reglamento europeo y apliquen sin más las resoluciones del CS.

También la sentencia del TJUE pone el foco de atención en las reglas de recepción del DI en derecho interno. Con esto, los Estados deben de retener su soberanía y revisar cuidadosamente lo que venga del nivel internacional, a eso conduce una dudosa legalidad de los actos del CS y una negativa de los miembros de las UN para reformarlo con base en un EDI.

<sup>121</sup> Tomado de Torrecuadrada, Soledad, *op. cit.*, pp. 399 y 340.

Por último, la profesora Torrecuadrada se refiere a dos sentencias dictadas en 2011 por la Gran Sala del TEDH.<sup>122</sup> La primera, *Al Skeini y otros vs. Reino Unido* (55721/07) se refiere a la muerte de seis iraquíes en la ciudad de Basora, Iraq, ocupada y bajo el dominio de tropas del Reino Unido. Bajo la supuesta cobertura legal de la Resolución 1441 (2002) del CS, del 8 de noviembre. La cuestión a dilucidar era si los británicos, a los que se atribuía el ilícito, actuaban a nombre de la ONU, del gobierno iraquí o bien del Reino Unido de la Gran Bretaña (RUGB). El TEDH se inclina por atribuir la responsabilidad al RUGB, ya que violó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se le condenó a pagar una indemnización a los herederos de los nacionales.

La segunda sentencia, *Al-Jedda vs. Reino Unido* (27021/08), se refiere también a hechos ocurridos en Basora, ciudad iraquí controlada por las fuerzas británicas. En este caso un ciudadano con doble nacionalidad —iraquí e irlandesa— es retenido por las fuerzas británicas y se le mantiene detenido por varios años (desde el 10 de octubre de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2007) “sin haber sido sometido a juicio y habiéndosele privado de su ciudadanía británica”.<sup>123</sup> También en esta ocasión el TEDH declara responsable a la RUGB en virtud de que violó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se le condena a una indemnización en favor del demandante.

Varias reflexiones nos producen los dos casos que nos trae la profesora española. En principio, al rechazar la responsabilidad del CS, deja sin efecto el paraguas legal, es decir, las resoluciones del CS que supuestamente son la base jurídica de la acción del RUGB en Basora. De alguna manera, es una condena indirecta al CS o es una manera de darle impunidad al CS por actos ilegales cometidos por soldados británicos que actúan en su nombre, o bien tenemos la hipótesis de que respeta el criterio

<sup>122</sup> *Al Skeini y otros vs. Reino Unido* (55721/07) y *Al-Jedda vs. Reino Unido* (27021/08); sentencias dictadas el 7 de julio de 2011.

<sup>123</sup> Torrecuadrada, *op. cit.*, p. 403.

de que las resoluciones del CS son superiores jerárquicamente hablando, de acuerdo con la interpretación que se hace de los artículos 25 y 103 de la Carta de San Francisco, por lo cual no las discute y traslada la responsabilidad al Estado del que son nacionales los soldados.

Otra reflexión es que ante la inexistencia de controles de los actos del CS, el control (en este caso indirecto) pasa a los órganos internos, concretamente a los tribunales internos. Además, llama la atención que la Corte Europea no consideró aplicable el DHI, en consecuencia, no era un asunto de *ius in bello*. Lo que es adecuado, y nuevamente es una condena indirecta a los actos del CS en relación con la segunda guerra de Iraq.

## VIII. CONTROL JUDICIAL INTERNACIONAL. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Un gran paso en la organización e institucionalización de las relaciones internacionales fue contar, por primera vez, a principios de siglo XX, con órganos jurídicos permanentes para dirimir las controversias de conformidad con el DI. Anteriormente subsistía la acción de las grandes potencias, bajo la consigna de equilibrio del poder, que convocaban periódicamente a congresos y conferencias como respuesta a crisis políticas (por ejemplo, las Conferencias de la Paz de la Haya de 1899 y 1907).<sup>124</sup>

La adopción en 1920 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) predecesora de la actual CIJ inaugura también un sistema que linda entre la idea de solución pacífica de controversias y por otra el control de la aplicación del DI bajo el principio de *Rule of Law*. Esta idea ha sido desdeñada o bien limitada por el carácter voluntario de la competencia.

<sup>124</sup> Véase Torres Bernández, Santiago, “La Corte Internacional de Justicia en el sistema establecido por la Carta de las Naciones Unidas”, en Fernández de Casadevalente, Carlos y Quel, Francisco Javier (coords.), *Las Naciones Unidas y el derecho internacional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, p. 123.

Por otra parte, la aparición de la CPJI marca a su vez el inicio de la creación de una serie de tribunales a lo largo del siglo XX:

- En 1945, a imagen y semejanza de la CPSI, se crea la CIJ;
- En 1950 se crea la Corte Europea de los Derechos del Hombre.
- En 1957 la Corte Europea de Justicia.
- Con la adopción, en 1969, de la CADH se crea la Corte IDH, la cual dictó su primera resolución en 1981.
- En 1982 la III Confemar crea el Tribunal del Derecho del Mar que funciona desde 1996.
- El Acuerdo de Marrakech de 1994 dio nacimiento al mecanismo casi jurisdiccional de la Organización Mundial del Comercio.
- En 2002 la Convención de Roma creó la Corte Penal Internacional.

También debemos mencionar los tribunales *ad hoc*, el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos, los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y antes los tribunales de Nuremberg y los de Tokio, así como el Tribunal Africano de Derechos Humanos y otras instancias comerciales de inversiones para solucionar controversias de este carácter.

Con la creación de una red de instancias judiciales internacionales se ha causado gran temor en la doctrina por la posible fragmentación del DI y la aparición de lo que se le denomina como el sistema *forum shopping* (la posibilidad de que las partes en un litigio puedan escoger al tribunal que más les beneficie). En realidad los temores son infundados, aunque la alerta es válida y ha sido útil, pues los juristas expertos han dedicado muchas páginas de reflexión y de análisis. Realmente, en un mundo en donde la información es un factor común de la globalización, las sentencias de los tribunales es algo fácil de conocer y de inter-

cambiar. Además, es perceptible un movimiento para que los jueces compartan entre ellos sus experiencias judiciales, y si no es así, es recomendable. Las escuelas de derecho o de especialización judicial también tienen un papel fundamental en esta cuestión.

### 1. *El carácter voluntario de la Corte Internacional de Justicia*

Desde sus orígenes, la jurisdicción internacional se diseñó para que fuera voluntaria, temiendo que una jurisdicción obligatoria pudiera debilitar a la recién creada Liga de Naciones y en concreto a sus órganos —la Asamblea y el Consejo—, que según el diseño eran los órganos más importantes de control del orden establecido por los Tratados de Paz. Este punto es importante porque es una manifestación de que la no aceptación de la competencia obligatoria es una razón de carácter político que no tiene sustento en la actualidad dado el desarrollo actual de las relaciones internacionales.

Éste es el sistema que adopta también la CIJ y en general la jurisdicción internacional que caracteriza al sistema del DI.<sup>125</sup> Sin embargo, el sistema tiene sus bemoles, ya que limita enormemente la competencia de la CIJ y con ello debilita al sistema de control de la aplicación de la normatividad internacional. Por ejemplo, como lo observa el juez de la CIJ, Gilbert Guillaume, sólo:

64 Estados, dentro de ellos México, que representan alrededor de una tercera parte de los países del mundo, han aceptado de manera general la competencia de la Corte. Es conveniente notar que ciertos Estados, a pesar de su aceptación, han promulgado reservas, algunas importantes, como en los casos británicos e indio. Otros Estados habían aceptado la competencia general de la Corte, pero renunciaron a ella, como los Estados Unidos en

<sup>125</sup> Véase el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

el caso con Nicaragua, o Francia después del caso de los ensayos nucleares en el Pacífico.<sup>126</sup>

Pero lo que es más grave es que sólo un miembro del CS es Estado declarante.

En un momento en que resquebrajaba el sistema bipolar de las relaciones internacionales, todavía con Mijael Gorbachov en la dirección de la URSS, como signo de distensión, él proponía que se aceptara la competencia de la Corte entre las grandes potencias, lo cual se rechazó. Esto significa que aun cuando los miembros del CS tienen *de facto* un juez de la CIJ, “de la nacionalidad de cada uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”,<sup>127</sup> no quieren perder las ventajas que le proporciona el sistema creado en el siglo pasado. Esa falta de voluntad de las grandes potencias por someterse a la decisión de la CIJ también se manifiesta con el bochornoso dato de que los Estados Unidos es de los pocos Estados que se han negado a cumplir los fallos de la CIJ, como lo atestiguan los casos de *Nicaragua* y *Avena*. Y aún más, a pesar de que los creadores de la ONU declararon, en su artículo 92, a la Corte como el órgano judicial principal de la ONU, las grandes potencias no sólo le han escatimado someter sus diferencias, sino también han invadido sus facultades, como se puede ver en el famoso *caso Lockerbie* en donde el CS, sin someter a previo juicio en donde hubiera derecho a la defensa, declara que Libia era un Estado terrorista.<sup>128</sup> En ese sentido, es notorio que el CS actúa *ultra vires* en muchos casos.

<sup>126</sup> Guillaume, Gilbert, “La Corte Internacional de Justicia”, en Sepúlveda, Bernardo (coord.), *Diálogos sobre justicia internacional*, México, UNESCO, Comité Regional de Cooperación con la UNESCO, 2009, pp. 73-89.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>128</sup> Esta posición también es observada por Brotóns, Remiro, “La Corte Internacional de Justicia como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Algunas luces, algunas sombras”, en *ibidem*.

## 2. *Órgano político y judicial*

Como sabemos, la Carta de San Francisco, a diferencia del diseño de la Liga de Naciones, integra a la CIJ como órgano interno. Así, la CIJ está inserta en el esquema de la ONU de solución de controversias, esencialmente de control de la aplicación del DI que cuenta con “un procedimiento judicial contencioso, también internacional, que garantiza, entre otras cosas, el principio básico de la igualdad de las partes en el proceso”.<sup>129</sup>

Otra idea que anima el sistema es la separación, desde nuestro punto de vista artificial, entre los órganos esencialmente políticos<sup>130</sup> y los jurídicos, como es la CPJI y después la CIJ. Separación que con el tiempo y el desarrollo del sistema de relaciones internacionales ha sido rebasada, pues como toda organización que se fundamenta en el derecho, sus conflictos, aunque sean de naturaleza política, tienen sus aspectos jurídicos y lo mismo sucede con asuntos de naturaleza originalmente jurídica. Por ejemplo, un asunto de interpretación de tratados de fronteras estatales, que puede ser una controversia esencialmente jurídica, tiene evidentemente una repercusión política.

## 3. *La Corte Internacional de Justicia también fue “rehén” de la Guerra Fría*

Actualmente la CIJ tiene gran actividad, pero eso no ha sido siempre así; durante el periodo de GF llegó un momento en que no recibió ninguna demanda, por ejemplo, en 1972. “En general, de 1946 a 2008 emitió 97 sentencias y 25 opiniones consultivas.

<sup>129</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 133.

<sup>130</sup> Santiago Torres Bernárdez observa que el CS y la AG se presentan más bien como “instancias políticas de prevención, seguimiento, amortiguamiento, encuadramiento y gestión” de crisis que como auténticos órganos de arreglo pacífico de las controversias mismas, aunque no está excluido que desempeñen también esta última tarea. *Ibidem*, p. 133.

El promedio es de casi dos casos por año”.<sup>131</sup> Se puede afirmar con facilidad, viendo simplemente su jurisprudencia, que ha realizado una gran labor en el transcurso de su existencia, aparte de su función normal, de solución de controversias, en la interpretación del DI y, entre ellos, en la identificación de las normas consuetudinarias. La jurisprudencia actual constituye un sólido cuerpo jurídico que sabemos que sólo es obligatorio para las partes y en los casos concretos, pero que incuestionablemente es una guía en las decisiones de otros casos.

Aún más, la función de la CIJ está subaprovechada y puede servir también (recordemos que es “el órgano judicial principal de la ONU”) como un órgano de contrapeso, sobre todo del CS, vía su función consultiva, que aunque sabemos que no es obligatoria, sí aclararía muchas de las cuestiones de legalidad del hiperactivo CS. La AG ha recurrido a la CIJ solicitando en varias ocasiones OC (existe la propuesta de que la Secretaría General también solicite OC),<sup>132</sup> algunas de las cuales son de importancia relevante en el estudio del DI. El CS sólo una vez, aunque no podemos esperar (aunque es posible) que el CS se autocontrole.

Otra cuestión relevante en el funcionamiento de la CIJ es ni más ni menos que la camisa de fuerza que significa el artículo 34-1 del Estatuto de la Corte que establece que sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte. Por lo que la vía contenciosa ante la CIJ está, por lo tanto, cerrada a otros posibles sujetos de DI, lo cual es un desfase histórico evidente ante el impresionante desarrollo de la subjetividad internacional en el siglo XX. Con esto quedan sin acceso a la justicia los OI.

En términos generales, como un sistema de control de la aplicación del DI, la función jurisdiccional significa un desarrollo destacado durante el siglo XX, un tanto obstaculizado por

<sup>131</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 75.

<sup>132</sup> Sáenz de Santa María, Andrés, Ma. Paz, “Naciones Unidas y el arreglo pacífico de controversias”, en Fernández de Casadevalente, Carlos y Quel, Francisco Javier (coords.), *op. cit.*, p. 93.

la GF, pero con un desarrollo vigoroso al final del siglo pasado. Desafortunadamente todavía las grandes potencias se rehúsan a darle el papel que le corresponde como un órgano de contrapeso de los otros órganos y ampliar su acceso a otros sujetos de DI, por lo menos a los OI. También es cuestionable y se debe sujetar a discusión, mantener la jurisdicción voluntaria de los órganos judiciales. Hemos visto que Estados poderosos, como los Estados Unidos, en lugar de someterse a la decisión de la CIJ, se retiran, por lo tanto, las instituciones internacionales se debilitan.

## CAPÍTULO V

### EL CONTROL POR ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES

#### I. INTRODUCCIÓN

Es notable que en la ingeniería de los modernos tratados en materia de derechos humanos un elemento clave y destacado sea el sistema de control de su aplicación. Si uno toma en conjunto a todos esos sistemas de control podría pensar que los Estados están sobrevigilados en materia de derechos humanos y que el margen de violación de la normatividad es muy pequeño. ¿Es cierto? Sólo hay que ver la realidad de nuestro país y podemos llevar nuestra reflexión a otro tema: lo complicado y pesado que es ese sistema burocrático que es el multisistema de control creado por los tratados internacionales, y lanzamos la última pregunta para la reflexión de los lectores: ¿vale la pena el sistema de control en su conjunto o hay que proponer uno nuevo?

En este trabajo sólo nos referimos a algunos ejemplos de órganos de control de carácter convencional.

#### II. EL PACTO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES<sup>133</sup>

Este tratado, junto con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), es uno de los más importantes en el derecho internacio-

<sup>133</sup> Basado en Etienne Llano, Alejandro, *La protección de la persona humana en el derecho internacional. Los derechos humanos*, México, Trillas, 1987, pp. 126-145.

nal de los derechos humanos contemporáneos. Podemos considerar que es una positivización de la célebre DUDH, como parte de la continuación del movimiento, cada vez más definitivo de esta materia. Este Pacto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

En cuanto a las medidas de control internacional del cumplimiento de los derechos consagrados en el Pacto, podemos observar que los creadores de este tratado internacional estructuraron un sistema de informes periódicos sobre las medidas adoptadas por cada una de las partes a fin de asegurar el respeto y cumplimiento de los derechos y deberes asumidos. En ese sistema participan varios órganos de la ONU, concretamente el secretario general, el ECOSOC, que, como vimos anteriormente, tiene facultades concretas en materia de derechos humanos, y la Asamblea General.

Así, vemos que los Estados tienen obligación de presentar los informes al secretario general de la ONU, quien a su vez los transmitirá al ECOSOC, órgano encargado fundamentalmente de velar por el cumplimiento del Pacto. Éste también puede presentar a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de las informaciones recibidas por los Estados partes y los diversos organismos especializados interesados. Los Estados miembros deben presentar periódicamente los informes de conformidad con el programa que formule el ECOSOC, y en ellos podrán señalar, si es el caso, las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en el Pacto.

Este sistema de informes no tiene mucho prestigio dado que los Estados que tienen la obligación de rendirlos, en muchos casos, los “maquillan” o bien no les otorgan mucha importancia, es por eso que se trate de acotar por parte de los órganos de supervisión.<sup>134</sup>

<sup>134</sup> Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Evolución y perspectiva de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos

*Protocolo Opcional del Pacto sobre Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales*

De acuerdo con este Protocolo Opcional, el Comité creado por el Protocolo tendrá competencia para conocer de tres tipos de procedimientos:

*A. De comunicaciones*

El procedimiento de comunicaciones permite a cualquier persona que esté bajo la jurisdicción de un Estado parte y alegue ser víctima de una violación, denunciar a este Estado por la vulneración de cualquiera de los DESC enunciados en el Pacto.

Comunicaciones de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

Además, “el Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna”. La comunicación se debe presentar en “el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo”.

De acuerdo con este Protocolo, se autoriza al Comité, tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, para dirigir “al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas pro-

Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, cit., pp. 3 y 4.

visionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación”.

También, a “menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al Protocolo”.

Por su parte, el Estado parte receptor, en un plazo de seis meses, presentará, por escrito, al Comité explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado.

También el Protocolo prevé un sistema de solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto, con lo cual se dará por terminado el examen de una comunicación. En el caso de que no haya solución amigable, el Comité examinará las comunicaciones que reciba “a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas”. Después, “el Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba”.

Ahora bien, tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere. El Estado parte enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité, el cual podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre cualquier medida que haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente posteriormente el Estado parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.

## B. *Comunicaciones entre Estados*

No sólo el Protocolo se refiere a las comunicaciones de las personas o grupo de personas, sino a que también todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas a esta vía sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto.

En este caso, las comunicaciones que se reciban conforme a esta manera quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

a) Si un Estado parte del Protocolo considera que otro Estado parte no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado parte. El Estado parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses, contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que haya enviado la comunicación una explicación u otra declaración por escrito en la que aclare el asunto y, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o disponibles sobre la materia.

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados parte interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado.

c) El Comité examinará el asunto que se le haya remitido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente; también el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados parte interesados con miras

a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto.

d) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones.

e) En todo asunto que se le remita de esta manera, el Comité podrá pedir a los Estados parte interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.

f) El Comité presentará, a la mayor brevedad posible a partir de la fecha de recepción de la notificación a que se refiere el apartado *b* del presente párrafo, un informe, como se indica a continuación:

- i) Si se llega al tipo de solución previsto en el apartado *d* del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado.
- ii) Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado *d*, el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto entre los Estados parte interesados. Se adjuntarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados parte interesados.

El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados parte interesados cualesquier observación que considere pertinente al asunto entre ambos. En todos los casos, el informe se transmitirá a los Estados parte interesados.

1. Los Estados Partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de la misma a los demás Estados Partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro

de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

*C. Procedimiento de investigación que es de carácter confidencial*

Cualquier Estado parte en el Protocolo podrá, en el momento que lo desee, declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información. El Comité, tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado parte interesado, así como cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición, podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento.

- Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.
- En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
- Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado parte interesado, tomar la deci-

sión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del presente Protocolo.

- Todo Estado parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 podrá retirar dicha declaración en cualquier momento mediante notificación al secretario general.

Ahora bien, lo que también es interesante es ver cómo se hace el seguimiento del procedimiento de investigación y en realidad se le da la carga de la prueba al “Estado Parte interesado” a que informe sobre el nivel de su cumplimiento de las medidas dictadas con motivo de la investigación.<sup>135</sup>

Asimismo, el Protocolo prevé un sistema de asistencia y cooperación internacionales con la participación de la organización internacional, órganos y programas de la ONU, pero la medida pierde un tanto su fuerza cuando se hace depender de la buena voluntad del Estado, ya que el Protocolo lo hace depender del “consentimiento del Estado Parte interesado”. De Pinochet a Bush, generalmente los gobiernos con un alto nivel de violación de derechos humanos, siempre tienen una coartada para justificar su actuación.

El Protocolo al final se inclina por apoyarse en la fuerza mediática y moral de los informes que han probado su poco ímpetu para modificar una situación de violación amplia de los derechos humanos.

### III. EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Este PDCP, al igual que el anterior, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y tam-

<sup>135</sup> Artículo 12 del Protocolo Opcional del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

bién constituye un eje fundamental del sistema de protección de derechos humanos de la actualidad. Por lo que toca a las medidas de control internacional del PDCP, en este caso concreto se creó un Comité de Derechos Humanos (Comité), que está compuesto por dieciocho personas nacionales de los Estados parte, quienes deben tener una gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

### 1. *El Comité de Derechos Humanos*

Es un organismo integrado por dieciocho expertos independientes, creado de acuerdo con el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 40-1). Su control consiste en revisar informes bianuales que están obligados a presentar los Estados. La opinión más benévola de este sistema es que ha servido para modificar algunas legislaciones de los Estados, pero en general los informes van desde rutinarios y formales hasta mera farsa.<sup>136</sup>

Lo mismo sucede con el Comité de Derechos Humanos, que se convierte en un órgano inocuo y burocrático cuyas principales funciones son de asesoría, y supervisión y conciliación, recibe informes de los Estados; sin embargo, no se hace referencia a ningún país y por supuesto no hay condenas a los violadores de los derechos humanos.

Hay que decir que los miembros del Comité son elegidos por votación secreta de una terna compuesta por las personas propuestas por los Estados parte. Cada uno de ellos tiene derecho a proponer a dos nacionales suyos, pero sólo uno puede llegar a ser miembro del Comité. Las elecciones se efectúan en la sede de la ONU por los Estados parte, por convocatoria del secretario general, y el quórum está constituido por las dos terceras partes de los Estados signatarios del PDCP. Para ser elegido miembro de Comité es necesario que los candidatos obtengan mayor número

<sup>136</sup> Donnelly, textualmente, dice: “Los reportes de muchos países son detallados y reveladores, pero otros son unas farsas, y algunos Estados, ni siquiera los presentan”. Donnelly, Jack, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

de votos y mayoría absoluta. Además, los miembros del Comité ejercen sus funciones a título personal, protestando solemnemente desempeñar su cargo con toda imparcialidad y conciencia. Sus cargos duran cuatro años, con la posibilidad de ser reelegidos, aunque los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección, designados en sorteo por el presidente de la misma, expirarán al cabo de dos años. Se prevé en el Pacto el caso de que se declare, por unanimidad de los miembros del Comité, vacante el puesto de un miembro por no cumplir sus funciones, con excepción de la ausencia temporal o bien por muerte, así como por renuncia.

La competencia del Comité es de dos tipos: obligatoria y facultativa. Por lo que toca a la competencia obligatoria, tienen que ver la obligación asumida por los Estados parte de presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado para lograr el cumplimiento y el goce de los derechos reconocidos.<sup>137</sup> Los Estados se obligan a presentar dichos informes cada vez que el Comité lo solicite, en dichos informes las partes podrán señalar las circunstancias, si las hubiere, que afecten la aplicación del PDCP.

Es a través del secretario general de la ONU que el Comité recibe los informes para proceder a su examen y hacer los comentarios que estimen pertinentes a los Estados parte o al ECOSOC. Este último está facultado, a su vez, para hacer recomendaciones en materia de derechos humanos a la Asamblea General, a los miembros de la ONU o a los organismos especializados.

En lo que se refiere a la competencia facultativa, ésta se deriva de las declaraciones expresas de los Estados parte, en el sentido de que reconocen la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro no cumple las obligaciones que el PDCP le impone. Estas comunicaciones sólo pueden recibirse tratándose de Estados partes que hayan hecho, respectivamente, la declaración de competencia del Comité.

<sup>137</sup> Artículo 40 del PDCP.

De acuerdo con la competencia facultativa, si un Estado parte considera que otro no está cumpliendo las disposiciones del Pacto se lo hará saber mediante una comunicación escrita, misma que tiene que ser contestada por el Estado destinatario en un plazo de tres meses después de recibida, dándole una comunicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, haciendo referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

Si el asunto no se resuelve en un plazo de seis meses, contando a partir de que el Estado destinatario recibió la primera comunicación, cualquiera de los Estados puede someter dicho asunto al Comité mediante notificación dirigida al otro Estado y al propio Comité, y éste examinará, antes de conocer el fondo del asunto, que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se puedan disponer. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente. Hecho esto, el Comité propondrá sus buenos oficios a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales reconocidos en el Pacto.

En todo asunto que reconozca el Comité pueden estar representados los Estados interesados, y estos miembros deben rendir los informes, estén o no representados, que les solicite el Comité. Éste, dentro de los doce meses siguientes de conocer el asunto, debe presentar un informe, en el cual, si llegó a un arreglo, se limitará a una breve exposición de los hechos de la solución alcanzada; en caso contrario expondrá los hechos y las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados.

Si fuera este último el caso, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados interesados, podrá designar una comisión especial de conciliación, integrada por cinco personas aceptadas por los Estados o, en su defecto, designadas por el Comité entre

sus propios miembros. Los participantes de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal, y no podrán ser nacionales de los Estados interesados. La Comisión, dentro de los doce meses siguientes de conocer el asunto, informará al presidente del Comité de los hechos y la solución alcanzada, y si no hubiere solución amistosa, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado y sus observaciones acerca de la posibilidad de solución amistosa del asunto. Dentro de los tres meses siguientes de haberse recibido el informe de la Comisión, los Estados interesados informarán al presidente del Comité si aceptan o no los términos de dicho informe.

También establece un sistema de peticiones individuales; aquí el problema es su pobre aceptación por los Estados. Si juzgamos la situación de respeto de los derechos humanos a nivel mundial por la suscripción y ratificación de tratados internacionales, no hay duda de que podemos tener una opinión optimista; sin embargo, si juzgamos por su nivel de cumplimiento, esa opinión se viene abajo. Es evidente una tendencia mundial hacia la suscripción de tratados internacionales, lo que da prestigio al Estado suscriptor, pero otra cosa es su cumplimiento que es muy pobre y en parte permitido por la debilidad de los sistemas de control que se basan en una opinión pública de corta memoria.

Los gobiernos de los Estados poseen opiniones con “expertos en derechos humanos” que se encargan de informar, presentar reportes a los órganos de control para probar que no se violan los derechos humanos, en general, lo único que se hace es maquillar la información.

Así, un sistema de control débil crea un círculo vicioso: una maquinaria internacional que hace como que controla, emitiendo resoluciones, apelando a la opinión pública, y un sistema estatal que hace como que cumple los derechos humanos y permite que se obtenga información en el interior, o bien emite reportes que al final de cuentas no trascienden.

El meollo del asunto estriba en crear sistemas de acceso de las víctimas (algo que se hizo con los protocolos opcionales que

adelante mencionaremos), y con sistemas que culminen con decisiones obligatorias para los Estados que puedan hacer valer ante los tribunales internos. Esto implicará un sistema de control fuerte, de carácter subsidiario, que no significaría una violación de la soberanía; los gobiernos al alegar violación de la soberanía en realidad lo que están haciendo es sustraerse a la responsabilidad y mantener sus puestos de trabajo.

## 2. *El Protocolo Opcional I del Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos*

Este Protocolo Opcional fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Tiene por objeto “asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y con ese objetivo se faculta al Comité de Derechos Humanos, establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité), “para recibir y considerar” comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Con la membresía al protocolo, por supuesto, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo. Para que el individuo pueda acceder al Comité es necesario que haya agotado todos los recursos internos disponibles. Además, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en conocimiento del Estado parte del que se afirme que se ha violado cualquiera de las disposiciones del pacto, y en un plazo de seis meses ese Estado deberá presentar al Comité, por escrito, explicaciones o declaraciones en

las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas y al final presentará sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo e incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 45 del Pacto un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo. Por último, hay que mencionar que casi todos los países de América Latina son parte de este Protocolo Opcional I. Brillan por su ausencia Cuba y la gran potencia mundial Estados Unidos.

### *3. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte*

Este Segundo Protocolo aprobado y proclamado por la Asamblea General en su Resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989 tiene por objeto la abolición de la pena de muerte, en consecuencia, “No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo y cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción”.

El Segundo Protocolo entró en vigor el 11 de julio de 1991, tiene 77 Estados parte; no son parte los Estados Unidos y Rusia, y en América Latina: Cuba.

## IV. LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES<sup>138</sup>

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (CCT) también establece un sistema de

<sup>138</sup> Fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

control de cumplimiento de carácter múltiple; en principio, está centrado en el funcionamiento de un Comité contra la Tortura (Comité) y podemos considerar que es un sistema de nuevo tipo, con amplias funciones y en donde hay una interrelación con los órganos de la ONU con financiamiento mixto (de los Estados y de la ONU).<sup>139</sup>

El Comité está compuesto por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercen sus funciones a título personal. Los expertos son elegidos por los Estados parte teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica. La manera de elección es especial. Los miembros del Comité son elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados parte. Cada uno de los Estados parte puede designar una persona entre sus propios nacionales. Los Estados parte tendrán presente la utilidad de designar personas que sean también miembros del Comité de Derechos Humanos establecido con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que estén dispuestas a prestar servicio en el Comité constituido con arreglo a la CCT. Los miembros del Comité se eligen en reuniones bienales de los Estados parte convocadas por el secretario general de la ONU.<sup>140</sup> Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro

<sup>139</sup> La CCT establece que los Estados parte sufragarán los gastos de los miembros del Comité mientras éstos desempeñen sus funciones. Además, el secretario general de la ONU proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención. Por su parte, los Estados parte serán responsables de los gastos que se efectúen en relación con la celebración de reuniones de los Estados parte y del Comité, incluyendo el reembolso a la ONU de cualesquiera gastos, tales como los de personal y los de servicios, que hagan las Naciones Unidas conforme al párrafo 3 del presente artículo.

<sup>140</sup> En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados parte presentes y votantes. La elección inicial se

años, y podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el presidente de la reunión designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

Los Estados parte presentan al Comité, por conducto del secretario general de la ONU, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado parte interesado; a partir de entonces, ellos presentan informes suplementarios cada cuatro años sobre cualquier nueva disposición que se haya adoptado, así como los demás informes que solicite el Comité. En su oportunidad, el secretario general de la ONU transmite los informes a todos los Estados parte.

Todo informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado parte interesado, el cual podrá responder al Comité con sus respectivas observaciones.

El Comité podrá, a su discreción, tomar la decisión de incluir cualquier comentario que haya formulado, junto con las observaciones al respecto recibidas del Estado parte interesado, en su informe anual. Si lo solicitara el Estado parte interesado, el Comité podrá también incluir copia del informe presentado en virtud del párrafo 1 del presente artículo.

celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el secretario general de la ONU dirigirá una carta a los Estados parte invitándoles a que presenten sus candidaturas en un plazo de tres meses. El secretario general preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados parte que las han designado, y la comunicará a los Estados parte.

### 1. *Investigación in situ*

El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte, invitará a ese Estado parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité, quien a su vez también deberá recabar la cooperación del Estado parte de que se trate, de acuerdo con éste, tal investigación podrá incluir una visita a su territorio. Después de examinar las conclusiones presentadas por el o los miembros, el Comité transmitirá las conclusiones al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación.

En este caso, todas las actuaciones del Comité a las que se hace referencia serán confidenciales y se recabará la cooperación del Estado parte en todas las etapas de las actuaciones. Cuando se hayan concluido actuaciones relacionadas con la investigación, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual que presente.

### 2. *Denuncia de Estado a Estado*

Un sistema de investigación bastante interesante es el relativo al control de Estado a Estado; en este caso, todo Estado parte de la CCT podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Dichas

comunicaciones sólo se podrán admitir y examinar conforme al procedimiento establecido por la misma CCT si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no tramitará de conformidad con este artículo ninguna comunicación relativa a un Estado parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud del presente artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

1. Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la CCT podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

2. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados parte interesados en un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados interesados tendrá derecho a someterlo al Comité mediante notificación dirigida al mismo y al otro Estado.

3. El Comité conocerá de todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo después de haberse cerciorado de que en tal asunto se han interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención.

4. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en la misma Convención;

5. En general, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados parte interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de las obligaciones establecidas en la CCT, y para tal efecto podrá designar, cuando proceda, una comisión especial de conciliación.

6. En todo asunto que se le someta por la vía de este procedimiento el Comité podrá pedir a los Estados parte interesados que faciliten cualquier información pertinente.

7. Asimismo, los Estados parte interesados tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente o por escrito, o de ambas maneras.

8. El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibo de la notificación, presentará un informe en el cual, si se ha llegado a una solución, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada; si no se ha llegado a ninguna solución se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados parte interesados. En cada asunto se enviará el informe a los Estados parte interesados.

### 3. *Denuncia de los individuos*

Un sistema bastante interesante que tiene la CCT es la que le da a los individuos la posibilidad de tener acceso a la competencia del Comité y esto se da porque todo Estado parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado parte que no haya hecho esa

declaración y además no admitirá anónimos, o que, a su juicio, “constituya un abuso del derecho de presentar dichas comunicaciones”, o que sea incompatible con las disposiciones de la CCT. Después de ser presentada la comunicación, y dentro de un plazo de seis meses, el Estado destinatario deberá proporcionar al Comité explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y expongan, en su caso, la medida correcta que ese Estado haya adoptado.

Por su parte, el Comité examinará las comunicaciones recibidas a la luz de toda la información puesta a su disposición por la persona de que se trate, o en su nombre, y por el Estado parte interesado. Son causa de improcedencia la litispendencia y el no agotamiento de la jurisdicción interna de que se pueda disponer; no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la CCT. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo y comunicará su parecer al Estado parte interesado y a la persona de que se trate.

Para el cumplimiento de sus funciones, los miembros del Comité y de las comisiones especiales de conciliación tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñan misiones para la ONU, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas. Finalmente, el Comité presentará un informe anual sobre sus actividades a los Estados parte y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

#### *4. Notas sobre la efectividad del sistema de la Convención contra la Tortura*

Ahora bien, la efectividad de ese mecanismo de control es otro asunto. Si tomamos en cuenta las “Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México,

adoptadas por el Comité en su 49o. periodo de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012),<sup>141</sup> como un ejemplo podemos concluir que tiene varias lecturas. En principio, el documento de “Observaciones finales” reconoce un avance importante por lo que se refiere a la adopción de un marco jurídico adecuado pues, durante el periodo de examen, México adoptó varios tratados internacionales.<sup>142</sup>

Y no solamente eso, sino que en mayo de 2010 publicó el informe de la visita realizada por el Subcomité para la Prevención de la Tortura a México en septiembre de 2008 (CAT/OP/MEX/1), junto con la respuesta de las autoridades mexicanas a dicho informe (CAT/OP/MEX/1/Add.1).

Además, reformó su legislación en varios asuntos claves.<sup>143</sup>

<sup>141</sup> Tomado de [www2.ohchr.org/english/bodies/cat/doc5/CAT.C.MEX.co.2.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/doc5/CAT.C.MEX.co.2.doc) (consultada el 7 de agosto de 2013).

<sup>142</sup> a) El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la abolición de la pena de muerte, en septiembre de 2007;

b) La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, en diciembre de 2007;

c) La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en marzo de 2008.

<sup>143</sup> En particular:

a) La adopción de la Ley General de acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en 2007 y su reglamento en 2008;

b) Las reforma constitucional de justicia penal y seguridad pública del 18 de junio de 2008, dirigida a instaurar un nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio;

c) La promulgación en 2011 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y de la Ley de Migración;

d) La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, que eleva a rango constitucional todos los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales ratificados por el Estado parte;

e) La promulgación en 2012 de la Ley general para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de las Víctimas de estos Delitos;

f) La promulgación en 2012 de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas;

Aún más, México dio un paso importante para el cumplimiento de la Convención con:

- a) La adopción del Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012.
- b) La adopción de la Estrategia Penitenciaria 2008-2012.
- c) La aprobación del Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas 2010-2012.

Sin embargo, y evidentemente, eso no es suficiente si todo ese marco jurídico y la creación de una estructura burocrática no tienen incidencia en la erradicación de la patología de la práctica de la tortura. Así, con un lenguaje diplomático (“expresa su preocupación”, “el Comité insta”, etcétera) el Comité se refiere a “Principales motivos de preocupación y recomendaciones” parte en la que se descubre que se siguen practicando la tortura, se sigue manteniendo la figura del arraigo, se sigue violando los derechos de las mujeres, los derechos humanos de los periodistas, al haber muchos asesinatos, el fuero militar subsiste y se mantiene la impunidad por la comisión de delitos y actos que violan derechos humanos, etcétera, y al final, lo que es bastante interesante,

Se invita al Estado parte a que presente su próximo informe periódico, que será el séptimo a más tardar el 23 de noviembre de 2016. Con tal fin, el Comité presentará oportunamente al Estado parte una lista de cuestiones previa a la presentación de informe, teniendo en cuenta que el Estado parte ha aceptado presentar su informe al Comité con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes.

Es decir, el Estado mexicano tiene otros cuatro años más de “aire” o, puede decirse, de impunidad.

Ya que hasta ahora los Estados no han cedido una total soberanía en materia de derechos humanos y tomando en cuenta que éstos son parte del OPI, es necesario que las resoluciones dictadas por los órganos de control en materia de derechos humanos puedan hacerse valer ante los tribunales, ya sea nacionales como in-

ternacionales. Esto sería más congruente y benéfico para el tema de los derechos humanos que dedicar tanto tiempo a procesos en donde están involucrados muchos recursos humanos y la tragedia de las víctimas de la violación de los derechos humanos.

#### V. CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CON RESPECTO A LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (CDHB) de carácter regional, que tiene vigor entre los Estados europeos, fue aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996. Fue promovido en el seno de la Unión Europea, tomando en cuenta los rápidos avances de la biología y la medicina, tiene por objeto crear las normas jurídicas necesarias para respetar al ser humano como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; tomando en cuenta “las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina”, así, “los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados a favor de las generaciones presentes y futuras”.

Este tratado tiene un sistema de control de cumplimiento de carácter mixto, de autocontrol, pues crea un Comité de heterocontrol, pues está ligado a la Corte Europea. En principio, la CDHB da la posibilidad de que la Corte Europea dicte opiniones consultivas sobre la interpretación del tratado, a petición de los gobiernos de las partes y del Comité que, como veremos, se crea como órgano de control. Pero también da la oportunidad de que se acuda a la jurisdicción plena de la Corte o de otro tribunal.<sup>144</sup>

<sup>144</sup> “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

1. El gobierno de una de las partes, una vez informadas las demás partes.

Además, da la posibilidad de que se dicten informes: “Cualquier parte, a instancia del Secretario General del Consejo de Europa, proporcionará las explicaciones requeridas acerca del modo en que su legislación interna garantiza la aplicación efectiva de todas las disposiciones del presente Convenio”.<sup>145</sup> Asimismo, se crea un Comité Director para la Bioética como un órgano interno.

## VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS ORGANISMOS DE CONTROL

Si los órganos de control constatan la violación del Estado después de escuchar al Estado (con lo que se cumple con las garantías de legalidad para el Estado “acusado”) se debe de entender, en caso de duda, que estas resoluciones son obligatorias; su base legal sería el principio de *pacta sunt servanda*, que es la base de la obligación para el Estado. Si consideramos que no son obligatorios, entonces, caeríamos en una situación absurda: la creación de sistemas de control es una tarea ociosa que lo único que hace es perder el tiempo.

Ahora bien, si la resolución es una mera recomendación, lo cual se debe de ser claro en el documento fundamental (el tratado que le da origen), y aun así el Estado contra el cual va dirigido la acepta y se compromete a cumplirla, entonces adquiere fuerza vinculante plena<sup>146</sup> y puede hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales de control internacional y nacionales. Desde nuestra perspectiva, en este caso sería una resolución vinculante por tener como origen el tratado internacional y después la manifestación de la voluntad del Estado en cuestión.

2. El Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos” (artículo 29 de la CDHB).

<sup>145</sup> Artículo 30 (Informes sobre la aplicación del Convenio) del CDHB.

<sup>146</sup> Véase Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 235.

Ahora bien, consideramos que el sistema de informes, de resoluciones no vinculantes que caen en el terreno de las obligaciones morales, buscando la condena de la opinión pública, aparte de ser inocuas, son una pérdida de recursos humanos y un desgaste mayor de las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Por lo tanto, conforme una interpretación adecuada al OPI deben de tener una interpretación *pro homine* y deben de poderse esgrimir como elemento no sólo de convicción, sino obligatorio ante los órganos jurisdiccionales del Estado que tengan plena jurisdicción.

## CAPÍTULO VI

### EL CONTROL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

#### I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de más de tres décadas de funcionamiento de la Corte IDH<sup>147</sup> se ha dictado un conjunto de sentencias que ahora forman un sistema vigoroso de jurisprudencia al que se le considera un *corpus* jurídico interamericano en materia de derechos humanos. Algunos autores, como Gonzalo Aguilar Cavallo hablan de la estructuración de un “derecho americano de los derechos humanos”,<sup>148</sup> este autor entiende por tal:

Aquellas normas, principios y estándares que han ido surgiendo producto del establecimiento de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, particularmente, a partir de la actividad de la Corte IDH, y que constituyen los rasgos definidores o distintivos de los derechos humanos en el continente americano.<sup>149</sup>

Ese cuerpo jurídico interamericano está formado por las sentencias que son obligatorias para las partes, y fuera de ellas las sentencias, las OC y las resoluciones de la Comisión IDH, que al final de cuentas también son ejercicios de interpretación de

<sup>147</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, 346 pp.

<sup>148</sup> Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 3-89.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 8.

la CADH y juntas son guías de interpretación para otros casos incluyendo en el foro interno.

Así, el *corpus iuris* tiene un momento histórico, especial de aparición, precisamente en momentos en que las dictaduras latinoamericanas se vienen abajo y a nivel global el sistema bipolar entra en crisis y, después, también se derrumba (como vimos anteriormente). Los países de la región refuerzan sus esperanzas en los derechos humanos y la democracia como forma especial de vida y gobierno. Incluso México (más bien su gobierno), que se había mantenido con un discurso de un país respetuoso de los derechos humanos, tiene que aceptar que hay necesidad de incorporarse al sistema interamericano de derechos humanos.

A lo largo de estos años, podemos decir que en forma muy dinámica, se han conocido cientos de casos tanto en la Comisión IDH como en la Corte IDH.

La Corte ha realizado una labor encomiable desarrollando una sólida jurisprudencia en la que se interpreta la CADH sobre los diferentes derechos protegidos por ella (por ejemplo, es importante su jurisprudencia en materia de los derechos económicos, sociales y culturales);<sup>150</sup> es sobresaliente su jurisprudencia en materia de reparaciones, derechos de las mujeres,<sup>151</sup> niños y niñas;<sup>152</sup> libertad de expresión;<sup>153</sup> derecho de los migrantes,<sup>154</sup> etcétera.

<sup>150</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, pp. 16-23.

<sup>151</sup> Franco Rodríguez, María José, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 82 pp.

<sup>152</sup> Ortega Soriano, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 48 pp.

<sup>153</sup> Castilla Juárez, Karlos A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 73 pp.

<sup>154</sup> Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 68 pp.

Además, con técnica sobresaliente, ha desarrollado dos aspectos que nos interesa comentar. Uno de ellos es su labor en la identificación de algunas normas de *jus cogens*, por ejemplo, el principio de igualdad, la prohibición de la discriminación y el acceso a la justicia, y, después, el segundo aspecto es el reconocimiento de la doctrina de control de convencionalidad (CC).

## II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad (CC) que la doctrina ha venido desarrollando en los últimos años<sup>155</sup> tiene varias imprecisiones. La primera es la que se refiere a la autoría. Tanto el concepto, como la palabra “control” datan, como lo vimos, por lo menos del siglo XIX, nace con la idea de controlar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el Estado por vía convencional.

Ahora bien, a nivel interamericano el concepto se ha hecho famoso a partir de la sentencia de la Corte IDH, órgano de control junto con la Comisión IDH en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota 49, párrafo 124. En dicha sentencia se le recuerda a los Estados que como parte de sus obligaciones “...el poder judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Como un ejercicio de comparación para medir la evolución de la figura del CC, vemos que la Corte IDH ha venido utilizando el concepto en aproximadamente veinte sentencias, desde el citado *Caso Almonacid* hasta el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Como veremos, hay una evolución de carácter expansivo del sistema de control desde la expresión “especie de control de convencionalidad” en *Almonacid* a un control *ex officio*.

<sup>155</sup> Véase Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, 204 pp.

### III. DEL *Caso Almonacid* A LA EVOLUCIÓN ACTUAL DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

Ahora bien, en el *Caso Almonacid* se habla con un lenguaje no preciso, de “una especie”, quizá refiriéndose a la existencia de un control general; el control aquí es visto como un mecanismo que sirve como puente entre el DI convencional y el derecho interno. El CC que se plantea en el *Caso Almonacid* es bastante más complejo que la obligación para los jueces, como lo podemos ver en el siguiente párrafo:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>156</sup>

Es notoria la formulación que se hace; en principio, los jueces “como parte del aparato del Estado” están obligados a “velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Es decir, el Poder Judicial debe ejercer “una especie de control

<sup>156</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm.154, párrafo 123. Tomado de García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas y la CADH. En general, de lo anterior se puede desprender que:

- De conformidad con el artículo 2o. de la CADH, el Legislativo de los Estados parte tiene la obligación de hacer control de convencionalidad, en el sentido de “suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”.
- Y ante tal situación, el Poder Judicial “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Este concepto es relevante porque no se trata, o no se está planteando, de inmiscuirse en los asuntos del Legislativo. El control plantea una mera abstención de aplicar una normatividad contraria a la CADH.
- El incumplimiento de la CADH por parte de cualquier órgano del Estado es causa de responsabilidad para el mismo Estado. Esto implica que el CC se debería realizar no sólo por los poderes Legislativo y Judicial, sino también por el Poder Ejecutivo, con el riesgo de que si no se hace, se puede incurrir en responsabilidad internacional.
- En el ejercicio del CC, el juez debe de tener en cuenta no sólo el tratado “sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana”. Con eso se crea una jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos.

Otra reflexión que se desprende de la anterior frase es la relativa a que la Corte IDH es el intérprete último de la Convención, en consecuencia, cuando emite opiniones consultivas, también está haciendo una labor de interpretación, en consecuencia también será parte de ese corpus jurisprudencial interamericano. ¿Y qué pasa con las resoluciones de la Comisión IDH? Si está considerando que la Corte es la intérprete última, significa que hay otras intérpretes, y en este caso sería la Comisión. En con-

secuencia, el juez debe de tomar en consideración también las resoluciones de este órgano de control como criterios que guían la aplicación.

En una evolución posterior del CC, la Corte añadió al concepto que debe ser *ex officio*, “aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.<sup>157</sup>

Estos elementos del CC, la Corte IDH los reitera en diferentes otros casos (*Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Radilla Pacheco y otros vs. México* (2009). En los casos *Fernández Ortega y otros vs. México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, la Corte IDH estableció ciertas modalidades al CC, diferentes a las que vimos anteriormente.

En principio vía el CC obliga a realizar reformas legales y a que los jueces, inmediatamente y de oficio, conozcan de los asuntos en lugar del fuero militar.<sup>158</sup> Es decir, lo que requeriría una

<sup>157</sup> “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párrafo 128).

<sup>158</sup> De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar ... en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento

reforma legal o constitucional, independientemente de ellas, la Corte IDH ordena a los jueces internos, vía CC, que conozcan los asuntos de carácter militar, insistimos, independientemente de la reforma legislativa correspondiente. Ahora bien, en el CC no se trata el examen de las leyes frente a la Constitución, sino el examen de compatibilidad de la ley con la CADH.<sup>159</sup>

Por otra parte, si el Estado alega ante la Corte IDH que ya ha realizado el CC, a quien corresponde determinar si ese control se ha realizado o no, es a la misma Corte IDH.<sup>160</sup> En otras palabras, no es suficiente afirmar que se realizó el CC, es necesario que se pase el examen que realiza la Corte IDH, la cual tiene un control del CC.

Pero, aún más, la Corte en su proceso evolutivo ha ordenado que se realice CC inclusive de su jurisprudencia, lo que puede

de los hechos por el fuero penal ordinario (Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrafo 237, y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párrafo 220).

<sup>159</sup> “En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento núm. 153 (*infra* párrafo 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrafo 49.

<sup>160</sup> “De otra parte, la conclusión anterior no se modifica por el hecho de que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana. En efecto, será en la etapa de fondo en la que se determinará si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable” (Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrafo 21).

ser muy excesivo dada la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional. Esta postura es también clara en el *Caso Furlan y familiares vs. Argentina* (2012), en donde la Corte estableció:

En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente.<sup>161</sup>

Técnicamente esta apreciación de la Corte no es correcta ya que la naturaleza de la jurisprudencia (véase artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ) no es obligatoria. Quizá la Corte debió utilizar otra argumentación más que la obligatoriedad de la jurisprudencia. Aquí, se trata de la aplicación del principio *pro homine*, mas no la aplicación de la jurisprudencia, pues no es obligatoria.

#### IV. LAS CRÍTICAS AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

##### ¿HASTA DÓNDE PUEDEN LLEGAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH?

Dentro de la dinámica de la evolución vertiginosa de la jurisprudencia ya también han aparecido detractores de la función de la Corte IDH, y lo que es más grave, varios Estados se han retirado o pretenden retirarse de ella, con lo que se debilitaría ese impre-

<sup>161</sup> Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párrafo 305.

sionante desarrollo que se ha logrado con la jurisprudencia de la CIDH. Por ejemplo, hay una corriente del pensamiento que sostiene “que no pueden utilizarse las disposiciones del tratado para sustituir la normatividad interna”.<sup>162</sup> A propósito, también ese discurso se pretendió aplicar en el caso del sistema jurídico mexicano, en donde se argumenta que la Constitución no otorga ni al presidente ni al Senado (que son los encargados de gestionar los tratados internacionales) facultades para hacer esa transmisión o renuncia de la soberanía.<sup>163</sup>

Además, en casos de Venezuela y Colombia ante la Corte IDH se ha planteado el desacato de las resoluciones de la Corte IDH, lo que lleva a formular varias cuestiones: ¿es posible alegar el no cumplimiento de la sentencia porque ésta viole la Constitución? O bien, ¿se puede alegar que la Corte IDH actúa *ultra vires* al decidir ella misma su reglamento sin que sea aprobado por la OEA?<sup>164</sup>

Pero, todavía hay una posición crítica más elaborada y es la del profesor E. Malarino,<sup>165</sup> quien considera que la jurisper-

<sup>162</sup> Salgado Ledesma, Eréndira, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, p. 231.

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> La Corte IDH “...dicta su propio Reglamento y fija las reglas procesales que rigen su jurisdicción acorde con lo dispuesto en el artículo 25 de su Estatuto. La actitud de dictar sus normas procesales posibilita a cualquier ente ejercer discrecionalidad en el análisis de los puntos debatidos a su amparo y ocasionalmente puede afectar sus decisiones de certeza jurídica” (Salgado Ledesma, *op. cit.*, p. 252).

<sup>165</sup> En forma concreta, la crítica que se endereza a la Corte IDH está resumida en lo siguiente:

“Puedo condensar los rasgos salientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos años con las siguientes voces: activismo judicial, punitivización y nacionalización. Con la primera me quiero referir a la cuestión de la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación (necesidades, por supuesto, constatadas por los mismos jueces). Con la segunda, esencialmente, al reconocimiento de nuevos derechos de la víctima (y de nuevas reglas derivadas de estos derechos) que no están escritos en la Convención Americana y que terminan por neutra-

cia de la Corte IDH está caracterizada por su activismo judicial, es decir, que “introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los Estados o altera o suprime una norma pactada”<sup>166</sup> y después da varios ejemplos: “la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes de internacionales...)”, “la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular...”.<sup>167</sup> Concretamente, en el *Caso Barrios Altos contra Perú*, la Corte IDH “derivó una prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos de los artículos 1.1. 2, 8 y 25 de la Convención Americana”, pero “...ninguna de estas disposiciones es capaz de contener semánticamente una regla con tal contenido”.<sup>168</sup>

Tal crítica no es muy adecuada, pues lo que propone la Corte IDH en *Barrios Altos* es la violación de la prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos. Ahora bien, qué es lo que sucede con la amnistía, entre otras cosas, es crear impunidad de las grandes violaciones de los derechos humanos. La CADH en su artículo 1.1 establece el compromiso de los Estados parte en dicha Convención de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona...”. Evidentemente, con la amnistía se hace nugatorio el ejercicio de los derechos humanos contenido en la CADH, y en forma concreta en sus artículos 8o. y 25.

lizar derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, estos sí consagrados explícitamente en ella. Con la tercera, a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparación, en funciones expresivas de la soberanía estatal...” para rematar que las resoluciones tiene un contenido “antidemocrático y antiliberal”, Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Kai *et al.*, (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín, Georg-August-Universität-Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 29.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 31.

En efecto, es una cuestión de interpretación de la normatividad internacional. El jurista Malarino, en su preocupación porque la Corte se ajuste a la norma, menciona que la interpretación que a veces aplica la Corte IDH en realidad lo que está haciendo es crear derecho mediante la interpretación, de lo que se trata es “modificar el texto o de incorporar una nueva norma jurídica...”<sup>169</sup> y eso, remata la crítica, no es interpretación. En el caso de *Barrios Altos*, no me parece que incurra en tal error; la Corte está reconociendo los efectos jurídicos, la amnistía y su impacto en la CADH.

Ahora bien, algo que llama la atención de la crítica es que parte de un sofisma al considerar que el tratado denominado Convención Americana está aislado. Él afirma: “El sistema interamericano, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no abre sus fuentes a todo el derecho internacional”.<sup>170</sup> Más adelante, en esa misma línea de pensamiento afirma: “El sistema interamericano no es un sistema general y universal de derecho internacional, y por ello no conoce una disposición como la del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que faculta a ese tribunal a decidir un caso con base en (todo) el derecho internacional (escrito o no escrito)”.<sup>171</sup>

¿Eso significa que la CADH al no mencionar que son aplicables otras manifestaciones (fuentes) jurídicas internacionales, sólo se aplica, y estrictamente, ésta?

Con esta postura reduccionista se deja fuera a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la doctrina y a la jurisprudencia, que por supuesto son obligatorias vía el artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ y que sin duda ya es una norma jurídica de carácter consuetudinaria, si es que no se acepta *ab initio* su naturaleza convencional. Además, nosotros agregaríamos a las resoluciones de los OI como fuente del DI. De hecho, la Corte IDH

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 40.

en sus sentencias se ha apoyado en la costumbre internacional en sus resoluciones.<sup>172</sup>

Regresando a la cuestión de la amnistía, ¿la Corte IDH, por ejemplo, no podría declarar que la prohibición de la amnistía es una norma de carácter consuetudinario, que las cortes internacionales y los Estados en su derecho interno deben de acatar? Independientemente de que la amnistía produce efectos negativos en la sociedad, pues se mantienen abiertas heridas sociales.

El DI es parte de un sistema general, aunque al mismo tiempo es posible (lo que sucede frecuentemente) la creación de subsistemas con características propias, de ahí que podamos hablar de costumbres regionales; pero insistimos, al mismo tiempo está inserto y se retroalimenta del sistema general, por no decir mundial, del DI.

Este punto es muy importante, porque de él podemos desprender que la Corte IDH tiene que fundamentar su actuación en un marco jurídico establecido por el derecho internacional público, la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, cuya normatividad también tiene naturaleza consuetudinaria, por ejemplo, establece normas concretas sobre interpretación, entre ellas el objeto y fin de los tratados,<sup>173</sup> así como el principio *pro homine* que sirve como guía al juez en su decisión. Además, no olvidemos el carácter especial de los derechos humanos.

Ahora bien, la punitivización de la que habla Malarino se traduce en:

Un equilibrio entre víctima e imputado (producto de la neutralización de normas de garantía previstas a favor del imputado) sea

<sup>172</sup> Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de reparaciones, 27 de agosto de 1998, párrafo 68; *Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador*, sentencia de fondo y de reparaciones, 4 julio de 2007, párrafo 55.

<sup>173</sup> Artículo 31 de Viena 69. “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme 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”.

respetado por los tribunales penales de los estados, pues ella no sólo sostiene que los Estados por ninguna razón pueden incumplir sus decisiones dictadas en el caso concreto, sino también que ellos deben controlar si las disposiciones de su derecho interno cumplen con la Convención Americana tal como ella es interpretada por la Corte (*test* de control de convencionalidad).<sup>174</sup>

El autor mencionado, para sustentar su afirmación, cita tres ejemplos, de los cuales mencionaremos el siguiente:

El artículo 8.4 de la CADH establece: “el inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Ninguna disposición de la Convención establece una excepción a esta regla jurídica. Sin embargo, la Corte Interamericana ha dicho: “... esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes *de lesa* humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención americana desplazan la protección del *ne bis in idem*. El artículo 8.4 es desaplicado con base en “derechos de las víctimas” no explicitados en la Convención, “exigencias de justicia” identificadas en forma discrecional y, paradójicamente, la “letra y espíritu” de la Convención. No sé cuál sea el espíritu de la Convención, pero la letra es clara y dice “*ne bis in idem*” para el imputado absuelto por sentencia firme.”<sup>175</sup>

Para situar el problema con mayor claridad hay que decir que Malarino se refiere a la sentencia dictada en el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*; este hecho es importante, pues parece que el jurista pierde la perspectiva de lo que son los derechos humanos

<sup>174</sup> Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos”, en Ambos Kai *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>175</sup> *Ibidem*, pp. 46 y 47.

y de lo que se estaba juzgando en el caso de *Almonacid*. En principio, los derechos humanos tienen una lógica diferente al derecho formal que se aplica en el caso de los tratados internacionales en materia, digamos, por ejemplo, de comercio exterior; en otro lado vimos que los derechos humanos se rigen por principios propios como el de *pro homine* y que estamos hablando de crímenes muy graves cometidos por una dictadura cruel como la de Pinochet que, esa sí, hizo nugatoria toda defensa de las víctimas ante los tribunales. Es lógico que si estamos hablando de una dictadura que suprime todos los derechos y aún más los procesales, la Corte IDH lo que haga es resarcirlos. Malarino al parecer habla como si no conociera los sistemas dictatoriales de América Latina, que no son un ejemplo de respeto por los derechos humanos, inclusive aún hoy donde se jacta de regímenes democráticos, la impartición de justicia y el respeto de los derechos humanos deja mucho que desear.

Pero aún así, sin tomar en cuenta estos elementos de juicio que juegan un papel importante en el caso de los derechos humanos, en materia de pruebas, inclusive en derecho procesal civil, está la figura de “pruebas supervinientes” que se refiere al caso de pruebas que no se conocieron o a las que no se tuvo acceso en el momento procesal oportuno, motivo por el cual se puede abrir el procedimiento.

Más adelante, la crítica se refiere a la “nacionalización”, refiriéndose a las sentencias de reparación de la Corte, que a su juicio en algunos casos se incurre en la “intromisión en las esferas del Poder Legislativo y del Poder Constituyente” y, en general, la Corte “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 (nacionalización)”.<sup>176</sup>

De hecho, la Corte IDH sustenta su “intromisión” en el derecho consuetudinario, no se lo saca de la manga, como vemos

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 61.

del siguiente párrafo tomado del *Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador*:

55. Por otro lado, en relación con la obligación general contenida en el artículo 2o. de la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que:

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J. I., série B, no. 10, p. 20*).<sup>177</sup>

En realidad, la Corte lo que hace es simplemente realizar una labor de ser garante, intérprete de la CADH en su contexto jurídico internacional. Eso es positivo pues la Corte IDH al parecer le está haciendo el trabajo a los Estados, que son remisos o violadores de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. ¿Pero qué pasa si la Corte IDH en sus sentencias se excede en sus facultades? Como sabemos, las sentencias que dicta la Corte IDH son finales e inapelables. Por otra parte, las sentencias son obligatorias, pero el sistema interamericano no tiene facultades de aplicación coercitiva, esa facultad la conserva el Estado. Ahora bien, si en el momento de recepción de la sentencia, para su cumplimiento en derecho interno, sus órganos de poder consideran de buena fe que la sentencia rebasa su sistema constitucional tienen posibilidades de no cumplir con ella, caso en el cual entrarán en responsabilidad internacional hasta que no cumplan con la sentencia o hagan los ajustes necesarios en su legislación.

En ese sentido, aunque no compartamos plenamente con las críticas antes analizadas a las decisiones de la Corte, hay que to-

<sup>177</sup> Tomado de García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. V, p. 388.

mar en cuenta que son una expresión de preocupación que se deben analizar, hay que exigirle a la Corte mayor rigurosidad en la fundamentación de sus decisiones.

Por lo demás, las críticas vertidas son conocidas y tienen que ver con los conceptos cerrados de soberanía. Una concepción todavía westfaliana del Estado y de la soberanía y que no va de acuerdo con las disposiciones que se han aceptado de manera convencional (por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) y consuetudinaria, y que se manifiesta en los principios *pacta sunt servanda* y la prohibición de alegar una norma de derecho interno para excusarse de una obligación internacional. Además de que no se toma en cuenta la naturaleza de los derechos humanos, parte de un OPI regido por principios como los de progresividad y *pro homine*.

No olvidemos que la esencia de los derechos humanos es que se refieren a la protección de los seres humanos que por definición están en una posición de desventaja frente al poder estatal. El derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter progresivo, no nos asombre que esté en constante evolución y tenga un carácter protector de los individuos.

## V. LOS MINUS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La literatura sobre el tema en general es optimista y de cierta manera fuera de medida. En principio, porque el *corpus iuris* no llega a ser totalmente interamericano, ya que los países de cultura anglosajona, como sabemos, no forman parte del sistema.<sup>178</sup> En forma concreta, los Estados Unidos y Canadá ni siquiera son parte de la CADH; sin embargo, los Estados Unidos envían jueces de su nacionalidad a la Corte IDH y de alguna manera ejercen cierta influencia a través del financiamiento (lo cual no se puede probar, pero es *vox populi*). Esta posición de la potencia nortea

<sup>178</sup> No son parte de la CADH: Antigua y Barbudas, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente & Grenadins.

debilita su posición de referente en materia de derechos humanos que maneja su política exterior. Pero, lo más importante es que desafortunadamente no podemos hablar de un *corpus iuris* regional porque solamente una parte, aunque importante en desarrollo y población, es cubierta por el manto de interpretación de la CADH que realiza la Corte IDH.

En el caso de *jus cogens*, indudablemente, es muy positiva la labor de la Corte IDH en identificar las normas que tienen el carácter de derecho imperativo como lo define la Convención de Viena de 1969; sin embargo, también podemos decir que hay cierta debilidad en la identificación de este tipo de normas, pues no hay un razonamiento que lo sostenga, ni tampoco de que los jueces nos digan cuál o cuáles fueron los elementos que encontraron en las normas para considerarse de *ius cogens*; por ejemplo, la Corte IDH ha dicho:

...el Tribunal considera que no podría sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo el ordenamiento jurídico.<sup>179</sup>

De acuerdo con el párrafo transcrito el “principio de igualdad y no discriminación” tiene carácter de *jus cogens*, lo que no se dice es cómo llegó la Corte a tal conclusión. Recordemos que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en su artículo 53, define a las normas imperativas de DI como “...una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en con-

<sup>179</sup> Corte IDH, artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, serie A, núm. 20, párrafo 54, p. 59.

trario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En el caso concreto, ¿cómo sabemos que “el principio de igualdad y no discriminación” es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario...?”.

Es indudable que la solidez de la normatividad, y en este caso de la normas de *jus cogens*, depende de su fundamentación, y en su ausencia se corre el peligro de una explosión de las normas que no sean estrictamente aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados.

## CAPÍTULO VII

### CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL CASO DE MÉXICO

#### I. INTRODUCCIÓN

A partir de las sentencias de la Corte IDH en contra de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tenido una reacción, también apoyada en la reforma constitucional de 2011, en materia de derechos humanos, mediante la cual decidió aceptar y establecer las reglas del control de convencionalidad. Aquí la doctrina mexicana, en una parte, ha recibido la decisión con mucho entusiasmo, sin embargo, la figura no está exenta de crítica. Aquí hacemos una aproximación al tema.

#### II. LA DECISIÓN DE LOS TRIBUNALES NACIONALES COMO PARTE DE LA PRÁCTICA DEL ESTADO

En los últimos años es notable una creciente importancia del DI en las cortes internas y esto produce un efecto en reversa, es decir, también las sentencias de los tribunales internos han impactado el desarrollo y aplicación del DI. En efecto, las decisiones de los tribunales internos de los Estados tienen un papel importante en la doctrina de las fuentes por varios motivos:

- Como evidencia de la práctica de los Estados.
- Por su relevancia en la interpretación de los tratados.

- En la aplicación de los tratados.
- Y en la formulación de la costumbre.<sup>180</sup>

Tomamos en consideración que el poder del Estado es uno solo y que como una manifestación de su soberanía, se divide para su ejercicio, entonces sería comprensible afirmar que los actos de cualquiera de estas subdivisiones del poder pudiera ser motivo de responsabilidad internacional. Aunque, hay que decirlo, la forma de su división es una cuestión que depende o que corresponde a su derecho interno. Lo que es relevante para el derecho internacional es la práctica de los Estados que tiene un impacto en los precedentes, la costumbre, el reconocimiento, los actos unilaterales, los tratados internacionales (en cuanto a que se ciñan o no al derecho convencional internacional), etcétera.

En principio, hay que mencionar que hay una obligación de las cortes internacionales y locales de aplicar el DI,<sup>181</sup> en el entendido de que en el caso de las últimas, depende de los sistemas de recepción del derecho interno<sup>182</sup> y sobre todo de los tratados en materia de derechos humanos que frecuentemente contienen normas de naturaleza autoaplicativa, según el sistema especial mexicano que considera que los tratados son parte de la ley suprema de la Unión.

Además, hay que hacer hincapié en que se trata de la aplicación del DI que incluye a los tratados y la costumbre. Recordemos que en virtud del principio *pacta sunt servanda* hay una obligación actual (directa de los tratados e indirecta a través de ellos mismos para con la costumbre) de los Estados de cumplir con la normatividad internacional. Decimos directa porque el principio

<sup>180</sup> Véase Roberts, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law, Quarterly, British institute of International and Comparative Law*, vol. 60, January 2011, p. 62.

<sup>181</sup> Véase D’Amato, Anthony, *International Law Sources*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 114.

<sup>182</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 179 pp.

de *pacta sunt servanda* lo encontramos en el derecho convencional internacional y la obligatoriedad de la costumbre la encontramos en los mismos tratados internacionales, por ejemplo, en el artículo 38-1 del Estatuto de la CIJ.

Decíamos que la no aplicación del DI por las cortes trae consecuencias para el Estado, concretamente se produce responsabilidad internacional. Está ampliamente explorado que, por ejemplo, la Corte IDH puede condenar a un Estado en virtud de una sentencia (que agote los recursos internos del Estado. El mismo DI establece la obligación de agotamiento de los recursos internos para que proceda la competencia de la Corte) que sea violatoria del derecho internacional de los derechos humanos. Eso en virtud de que las decisiones constituyen también parte de la práctica de los Estados. Aunque, hay que decirlo, esta última afirmación nos lleva a otro tipo de problemas teóricos y no está exenta de polémicas.

Nos referimos a la siguiente situación: si partimos de la base de que una decisión de las Cortes internas puede fijar la postura del Estado, ¿una decisión de los tribunales contraria al DI puede constituirse en el inicio de la formación de la costumbre internacional? Ésta es una opinión sujeta a polémica. En opinión de la profesora Elisabeth Zoller de la Universidad de Estrasburgo, no es posible que una nueva norma de derecho consuetudinario pueda surgir de la base de una violación del DI.<sup>183</sup> Esta postura, definitivamente lógica, de todas maneras no resuelve el problema teórico cuando se trata de explicar la existencia de una costumbre abrogatoria o derogatoria de otra.

Ante la cuestión de que las violaciones al DI puedan llegar a ser una norma de DI, Grigory Tunkin considera que “históricamente esto ha sucedido. En el futuro puede ser aceptado como

<sup>183</sup> Textualmente dice: “I don’t think that a new rule may emerge from a succession of breaches. I think that these claims that may lead to the formation of a new rule take place in areas that are not regulated internationally”, en D’Amato, Anthony, *International Law Sources*, cit., p. 154.

una norma de DI, pero en este momento es una violación”.<sup>184</sup> Aunque esto deja el problema sin solución, pues no es claro cuándo una violación del DI, se convierte finalmente en una norma de DI y además esta postura da cabida peligrosamente a la sistemática violación del DI. Pero estamos lejos de resolver aquí este problema teórico, sólo lo plantemos y queremos dejar claro cuál es la importancia de las resoluciones de las cortes internas.

Ahora bien, surge otra cuestión: ¿es posible invocar las sentencias de las cortes nacionales en otros casos? Este tema está explorado suficientemente en la doctrina de DI y es claro que las sentencias de las cortes, aun las internacionales, sólo son válidas para el caso concreto y las partes en el conflicto, sin embargo, también está explorado que no tienen carácter obligatorio, aunque no hay que subestimar la autoridad de persuasión que pueden tener las decisiones, incluyendo las de las cortes internas. Por supuesto, en este último caso es necesario que los jueces que dicten la sentencia posean un conocimiento sólido del DI. Algunas resoluciones de cortes internas son paradigmáticas y son citadas en la doctrina, y otras resoluciones las toman como un elemento de convicción para emitir una nueva resolución, como, por ejemplo, *Attorney-General of the Government of Israel V. Eichmann* o “caso Eichmann” como también se le conoce a la sentencia que es invocada cuando se trata de genocidio.

Por otra parte, las cortes internas tienen la facultad de interpretar el DI, y por supuesto tienen la obligación de aplicar el DI. En este sentido, los jueces tienen una función muy importante y con gran entusiasmo han hecho mencionar, ya desde la década los veinte, al jurista inglés Lauterpacht, que las cortes internas deben de funcionar como “guardianes del orden jurídico internacional”;<sup>185</sup> idea muy avanzada y lejana en su época, pero

<sup>184</sup> “It has happened in history. In the future it may be accepted as a rule of international law, but at the moment it is a violation”. *Ibidem*, p. 151.

<sup>185</sup> Textualmente: “Guardians of the international legal order”, citado por Roberts, Anthea, *op. cit.*, p. 68.

no lejana en este momento. Aunque la especificidad y características del DI hacen indispensable una preparación especial de los jueces internos que deben de tener conocimientos sólidos sobre la materia, no solamente respecto de las cuestiones sustantivas, sino también de las normas de interpretación, por dar un ejemplo; lo que significa que deben manejar destacadamente la Convención de Viena de 1969.

### III. CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD, FORTALECIMIENTO DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

El concepto de control de convencionalidad que la doctrina ha venido desarrollando en los últimos años<sup>186</sup> tiene varias imprecisiones. La primera es la que se refiere a la autoría. Tanto el concepto como la palabra “control” datan, como lo vimos anteriormente, por lo menos del siglo XIX,<sup>187</sup> cuyo origen trae la idea de controlar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el Estado por vía convencional.

Ya también vimos que el control es un sistema que los Estados crean para asegurarse que se cumple con las obligaciones adquiridas cuando firman y ratifican un tratado internacional. Mediante el control se crean estructuras supranacionales como comités, comisiones, cortes, etcétera, que vigilan la observación de los tratados internacionales y dictan recomendaciones o bien sentencias. Ese control de cumplimiento de las obligaciones convencionales si bien puede ser de carácter internacional también puede ser de carácter interno. Su fundamento está en el principio *pacta sunt servanda*. A nivel interno, es el Estado con sus órganos quienes tienen la obligación de controlar, vigilar el cumplimiento de los conve-

<sup>186</sup> Véase Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, cit., p. 204.

<sup>187</sup> Véase Aguilar, Navarro, M., “La cooperación internacional y la teoría del control”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año X, núm. 30, septiembrediciembre de 1959, p. 76.

nios en que son parte. A nivel interamericano, como vimos anteriormente, el concepto es conocido también con tiempo antes.<sup>188</sup>

Así, este denominado control de convencionalidad lo que hace es fortalecer la recepción del DI y además da oportunidad al sistema interno de expandirse, con base en la interpretación que realice la Corte. Pero no olvidemos que el control de convencionalidad no sólo está en los derechos humanos, sino es muy amplio, claro que la diferencia la hace el artículo 1o. de la Constitución que se centra en los derechos humanos.

Precisamente, otra de las imprecisiones, al hablar de control de convencionalidad, es considerar que esta figura es nueva en el derecho mexicano. Por una situación absurda (los constitucionalistas pueden tener la respuesta al porqué), el texto constitucional del artículo 133 no se aplicó ante la condescendencia de los operadores jurídicos y la doctrina. Mediante decisiones del Poder Judicial Federal se borró el texto constitucional y ahora mediante otra resolución se restablece.

En efecto, el texto constitucional señala: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. El texto es claro, pues permite a los jueces realizar lo que ha sido denominado como “control de la convencionalidad”. Sin embargo, el Poder Judicial Federal, quizá temiendo la pérdida de su monopolio, dictó una serie de resoluciones que desconocieron el poder difuso.

Estas interpretaciones erróneas fueron modificadas después del conocimiento de la sentencia del *Caso Radilla* por la SCJN), y ahí se decidió que “los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”<sup>189</sup> (lo “deberán ejercer todos los jueces del

<sup>188</sup> Véase Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003, pp. 120.

<sup>189</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, México, 14 de julio de 2011, p. 28.

país”) y en última instancia les dará posibilidad de inaplicar la ley. Pero analicemos la recepción por las cortes mexicanas del *Caso Radilla*.

#### IV. EL CASO RADILLA Y SU IMPACTO EN LAS CORTES MEXICANAS

En la última década el Estado mexicano ha sido condenado en varios casos ante la Corte IDH. Aunque todas las sentencias han sido relevantes, sobresale la recepción de la sentencia dictada en el *Caso Radilla*.

El campesino y canta-autor de corridos, Rosendo Radilla Pacheco, fue detenido en 1974 por soldados y después desaparecido hasta la fecha. Ésa fue una etapa oscura de la historia de México, la época denominada “guerra sucia” cuando las fuerzas públicas, oficiales y no oficiales (brigadas blancas) desaparecieron a muchas personas, entre civiles, campesinos, activistas, guerrilleros o bien simpatizantes de los guerrilleros. Después de varios años el asunto de desaparición forzada llegó ante la Corte IDH, que dictó sentencia en contra del Estado mexicano declarándolo culpable de violación de derechos humanos.

La sentencia tiene su importancia y su interés técnico-jurídico,<sup>190</sup> pero aquí nos interesa ver la reacción del Estado mexicano que lo lleva a la aceptación de lo que se ha considerado como “control de convencionalidad”.

Una opinión interesante sobre el tema es la de Karlos Castilla,<sup>191</sup> quien en un análisis cuidadoso sobre el origen, significado y extensión del concepto de control de convencionalidad

<sup>190</sup> Gómez-Robledo, Alonso, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

<sup>191</sup> Karlos Castilla, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

como se ha entendido en México, trata de colocarlo en su justa dimensión. En principio, él descubre que la expresión de control de convencionalidad originalmente no aparece en las sentencia del *Caso Almonacid*, ya se había utilizado con anticipación en 2003 en el voto de uno de los jueces. Y después en las sentencias de la Corte IDH, en donde se ha utilizado en forma no consistente (*Caso Almonacid*, en el *Caso La Cantuta* se mantiene el criterio del uso de la expresión control de convencionalidad, y en el *Caso Boyce* en 2007 se regresa al de la “especie de control de convencionalidad”, al igual que en el *Caso Heliodoro Portugal* en 2008 cuando se refiere que los juzgadores velarán por el efecto útil de los instrumentos internacionales y en el *Caso Radilla Pacheco* vuelve a la obligación categórica de control de convencionalidad).

Lo que pide la Corte Interamericana a los jueces no es en realidad un control de convencionalidad, sino que cumplan con sus obligaciones, lo cual se traduce en aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos, en interpretar derechos y libertad de conformidad con los tratados internacionales, esto es, en interpretar las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos velando que se respete lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que lo ahí dispuesto no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias al objeto y fin de ese y todos los tratados interamericanos.<sup>192</sup>

Algunos juristas consideran que cuando la Corte utiliza la palabra de “especie”, es una expresión tímida,<sup>193</sup> sin embargo, para Castilla no lo es, sino que es textual, pues “...el control de convencionalidad sólo puede ser llevado a cabo, en el caso del sistema interamericano, por la CoIDH y que los jueces nacionales

<sup>192</sup> Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de...”, *op. cit.*, p. 600.

<sup>193</sup> Véase Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, p. 841.

pueden hacer una especie de control de convencionalidad pero no control de convencionalidad”,<sup>194</sup> en consecuencia, de acuerdo a Castilla, les corresponden ciertas obligaciones:

1. Observar, garantizar y respetar los tratados internacionales como parte del sistema jurídico interno,
2. Aplicar el derecho internacional de derechos humanos como derecho interno que es,
3. No ir en contra del contenido, objeto y fin de los tratados internacionales ni con la aplicación de actos o leyes,
4. Hacer efectivos los derechos y libertades previstos en tratados internacionales, revisando la compatibilidad y aplicando el que más proteja y el que menos restrinja en el ámbito de sus competencias,
5. Observar como criterio hermenéutico la jurisprudencia de la Corte.<sup>195</sup>

En principio, el análisis de Castilla y las conclusiones a las que llega nos parecen adecuadas. Sin embargo, nosotros consideramos que, de acuerdo con el sistema de recepción del DI, y en forma concreta del derecho convencional internacional la posición que nuestro país ha adoptado y debe de adoptar (al final de cuentas sigue siendo una manifestación soberana) será tomando en consideración el marco jurídico constitucional, hasta que no se modifique, y se caracteriza por lo siguiente:

- Los tratados internacionales son ley suprema de toda la Unión y como sabemos (artículo 133 constitucional) la Corte considera que están inmediatamente bajo la Constitución en un orden jerárquico.
- En consecuencia, hay una obligación de cumplir con los tratados en el ordenamiento interno, independientemente de la obligación internacional de *pacta sunt servanda*.

<sup>194</sup> Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 608.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 614.

- Esa obligación no depende de cómo se le denomine (control de convencionalidad o cumplimiento de los tratados internacionales) y se extiende a todos los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, independientemente de su naturaleza.
- Aunque tratándose de las normas convencionales internacionales en materia de derechos humanos tienen un tratamiento especial de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución, reformado en 2011.

Dicho lo anterior, lo que resta es determinar la forma en que se cumple con el principio *pacta sunt servanda* en derecho interno, y ahí hay varios elementos interesantes. En principio, a propósito del *Caso Radilla* la SCJN dicta la Resolución en donde establecen sus puntos claves en la recepción de la sentencia de la Corte IDH:

- Establece la obligatoriedad de la Sentencia de la Corte IDH.

“17. En este sentido, esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso”. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.<sup>196</sup>

- Establece que el control convencionalidad lo deben ejercer todos los jueces del país.
- Establece que, en dado caso, el juez que realice el control de convencionalidad, aplica o no aplica la ley contraria a

<sup>196</sup> Resolución Varios 912/2010, p. 26.

las normas de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.<sup>197</sup>

- La Corte da los parámetros de interpretación y de funcionamiento del control de convencionalidad.<sup>198</sup>

En realidad este control ya existía en la Constitución, pues, como vimos en el artículo 133 de la Constitución, “los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados...”. Con *Radilla*, la SCJN lo que hace es cumplir con la

<sup>197</sup> “32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación”.

<sup>198</sup> “34. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada”.

“35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas”.

“36. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general. Provoca que durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y normas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación...”.

Constitución que ni siquiera se reformó. Precisamente el más alto tribunal mexicano lo que hace es “reintegrar” el texto mexicano con otro acto igual.<sup>199</sup>

No creemos que sea una obligación de la judicatura mexicana instrumentar el control de convencionalidad como lo está haciendo, pero es el modelo que se ha aceptado. Ya lo hemos dicho antes, este esquema conlleva a la expectativa de la preparación de los jueces en diferentes direcciones: conocimiento de los tratados internacionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH, mínimo. Ahí es donde se ve la preocupación, pero es un asunto de preparación de los jueces.

Ahora bien, un punto final, si bien la decisión Varios 912/2009 se refiere a las normas de derechos humanos, con características propias y únicas, ese control se realiza para todos los tratados internacionales, como lo establece el artículo 133 constitucional. E

<sup>199</sup> “Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reiterado en junio de mil novecientos noventa y siete y en tres precedentes de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales”. Tesis P./J. 74/99, “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Este criterio se reitera mediante la tesis plenaria P./J. 73/99, “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN”. En agosto de dos mil cuatro, la Segunda Sala reitera el criterio en la tesis de jurisprudencia 2A./J. 109/2004, “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”.

En la misma Novena Época, esta Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, emitió la Tesis P./J. 23/2002. “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el *Diario Oficial* en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, México, 14 de julio de 2011, p. 30.

insistimos, en lo que se refiere a los derechos humanos, la diferencia la dan los elementos de ponderación como *pro persona*, sus métodos especiales de interpretación, etcétera.

Aparte, hay que tomar en cuenta que la doctrina está hablando de la existencia de un “margen de apreciación nacional”<sup>200</sup> como una cierta libertad que tiene el juzgador nacional (para “tomar en cuenta la peculiaridades y realidades jurídicas económicas y sociales de esa nación...”)<sup>201</sup> siempre que no constituya un subterfugio para incumplir el tratado internacional. Sobre este tema todavía se espera un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

<sup>200</sup> Sobre el tema, se recomienda: Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos. Proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.

<sup>201</sup> Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 824.

## CAPÍTULO VIII

### LAS DECISIONES *ULTRA VIRES* DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

#### I. EL SISTEMA DE LA ONU EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de una estructura de vigilancia en materia de derechos humanos, a partir de la creación de la CDHONU y más tarde del Consejo DHONU, tiene un cuestionamiento por parte de la doctrina.<sup>202</sup> Se reflexiona que una cosa es la aceptación de un tratado internacional y otra es la aceptación de las resoluciones que se dictan dentro la organización creada como mecanismo de control y que multiplican los órganos y que expanden las facultades originales. Para que eso suceda, se afirma que es necesario un nuevo mandato, el cual puede rastrearse en la discusión de las resoluciones concretas, y estamos ante la presencia de una nueva manera de creación del DI, vía las decisiones de los órganos, pero eso se debe de analizar cuidadosamente. Lo que se plantea es lógico, no es posible que los controladores del DI para cumplir sus funciones, a su vez, actúen en violación del DI.

El asunto de los actos *ultra vires* que pudieran dictar los órganos de control no es nada nuevo, ya se ha tratado en la doctrina

<sup>202</sup> “According to well-established principles of international law, the consent required to be bound by a treaty is different from the consent needed to endow an international organ with power to monitor compliance of that treaty or any other international legal norms, as was specifically highlighted in governmental discussions at the time of designing the 1503 procedure...”. Domínguez Redondo, Elvira, “Rethinking the Legal Foundations of Control in International Human Rights Law, the Case of Special Procedures”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29 (3), p. 283.

de DI<sup>203</sup> y evidentemente no es un asunto fácil de resolver, pues tiene diferentes aristas.

En principio, este tema está íntimamente relacionado con el de la competencia, entendida como las facultades que son concedidas mediante un acto fundacional (un tratado o costumbre internacional) a un ente jurídico y que se ejerce por sus operadores (funcionarios) para realizar actos que implican el ejercicio de los poderes para los cuales está investido. Precisamente la distribución de competencia es el primer acto de control del poder.

A su vez, la competencia está relacionada con los principios de legalidad y estado de derecho.<sup>204</sup> El principio de legalidad está contemplado en lo que se denomina reglas de clausura: “La autoridad solamente puede realizar aquello para lo cual ha sido expresamente facultado por una disposición jurídica”,<sup>205</sup> y en lo que respecta a los individuos “todo lo que no está prohibido está permitido”.

A su vez, en DI, este tema de la competencia trae aparejado otros dos: la interpretación de las normas de competencia cuando nos enfrentamos a un hecho concreto y con ello el recurso a las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, y el segundo tema se refiere a las consecuencias de la actuación fuera de la competencia, que técnicamente se le denomina actuar *ultra vires*; nos referimos a la nulidad del acto y la responsabilidad del órgano que lo realiza.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> Véase Osieke, Ebere, “The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, núm. 2, abril de 1983, pp. 239-256.

<sup>204</sup> Huerta Ochoa, Carla, “Una reflexión metodológica sobre la naturaleza y función de las normas de competencia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 599-624.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 603.

<sup>206</sup> Véase Gallo Cobián, Virginia, “La responsabilidad de los Estados miembros de una organización internacional por el hecho ilícito de la misma”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 99-117.

En efecto, guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un órgano de control excediéndose en su competencia, lógicamente pudiera ser considerada como nula.<sup>207</sup> Esto es fácil y al mismo tiempo es una solución atractiva, la cuestión es que si el tratado internacional que se considera como documento fundacional del órgano de control no prevé ningún mecanismo de apelación, entonces surge una serie de cuestiones. En principio, ¿quién está autorizado para declarar la nulidad de un acto, de un órgano de control, que se excediera en su competencia? Generalmente, los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su competencia. Evidentemente en el caso hipotético que planteamos el Estado que demandará la nulidad exigirá un órgano imparcial para solucionar tal cuestión.

La misma situación se presentaría si se le da al Estado afectado la facultad de resolver, dentro de su derecho interno, la facultad de negarse a cumplir con una resolución que se considera que fue dictada excediéndose en sus funciones. Esta solución de alguna manera se ha ensayado ya en la doctrina de origen europeo de “margen de apreciación nacional” (denominada en su origen como *Power of Appreciation*),<sup>208</sup> aparte de que se puede prestar a abusos de decisiones unilaterales de los Estados, también se puede violar el principio *pacta sunt servanda*.

En efecto, dar la oportunidad a los Estados, legalmente, de decidir unilateralmente sobre la validez de las resoluciones de los órganos de control es concederles una oportunidad y una gran tentación para que se invoque como pretexto para incumplir los estándares internacionales de derechos humanos. Pero, por otro lado, es necesario que los Estados tengan recursos legales adecua-

<sup>207</sup> Por ejemplo, recordemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 reconoce como motivo de nulidad de los tratados los actos *ultra vires* de los representantes (artículo 47 de dicha Convención).

<sup>208</sup> Véase Kratochvil, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.

dos para que puedan defenderse de un acto que no fue previsto en el momento de cesión de una parte de su soberanía. Por lo tanto, lo ideal es que los mecanismos de control cuenten con un sistema de revisión de sus actos, que pueden ser cámaras de apelación o bien facultar a las cortes internacionales para conocer de las inconformidades de los receptores de los actos de control.

## II. CORTE IDH ¿CONTROL SOBRE EL CONTROL?

El control de la convencionalidad que se está extendiendo en América Latina por la vía de las sentencias de la Corte IDH y más cuando dicho control no sólo se refiere a las sentencias en los casos en donde el Estado es parte, sino a todas las demás sentencias que servirán como “criterios orientadores”<sup>209</sup> nos lleva a un cuestionamiento adicional: el relativo al control sobre las decisiones *ultra vires* de los órganos de control. En la práctica esto no está lejos de suceder, por ejemplo, como el caso de las resoluciones del órgano de control por excelencia de la ONU, el CS, algunas de las cuales han afectado intereses de los particulares. Estos son los casos *Kadi* y *Yusuf*<sup>210</sup> en donde se pone en un dilema la prevalencia de los valores: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales frente al respeto de los derechos humanos.

Tampoco hay que soslayar las críticas en la doctrina latinoamericana a la actuación de la Corte IDH, cuya actuación de los últimos años se manifiesta en su jurisprudencia y cuyo contenido es calificado como “antidemocrático y antiliberal”.<sup>211</sup> Esto haría pensar en la creación de un sistema de control del mismo control, el cual estaría dado a diferentes niveles.

En principio, la creación de instancias superiores dentro del mismo sistema de control, es decir, la creación de un poder revi-

<sup>209</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su resolución Varios 912/2010, 14 de julio de 2011, textualmente dice: (núm. 20).

<sup>210</sup> Véase interesantes reflexiones sobre los casos en Garibian, Sévane y Puppò, Alberto, *Normas, valores, poderes*, *op. cit.*, pp. 227-262.

<sup>211</sup> Véase Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial...”, *op. cit.*, pp. 25-61.

sor de las resoluciones o sentencias. Ésta es una tendencia que ya está en marcha, como podemos verlo en la creación de un *ombus-person* en el CS como una respuesta a las violaciones de derechos humanos, como se manifestó en el *Caso Kadi* o la creación de una Sala Superior como en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo cual habría que reflexionar acerca de la creación de una Sala Superior de Apelación en la Corte IDH.

Otro nivel de control podría ser el derecho interno el que crea o permitiera un sistema de control de las sentencias o resoluciones de los órganos externos de control. Este sistema de control no es recomendable, pues si el Estado es el violador y ya se probó cuando el asunto llegó hasta instancias internacionales, regresar el asunto nuevamente a su competencia puede ser peligroso.

Sin embargo, este tipo de control hay que tomarlo en cuenta en virtud de que algunos Estados ya han permitido recurrir sentencias de la Corte IDH. Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay conoció del caso Acción de inconstitucionalidad interpuesto por Roswell Company S. A. y Kansol S. A. impugnando una sentencia emitida por la Corte Interamericana.<sup>212</sup>

Lejos de resolver esta problemática que se ha planteado, sobre control del control, sólo queremos dejar constancia de la necesidad de seguir indagando sobre el tema.

### III. LA RESTRUCTURACIÓN DE LA CORTE IDH

Uno de los aspectos más importantes en este cuestionamiento de la Corte IDH es que no cuenta con un sistema de apelación como lo tienen algunos otros tribunales internacionales, por ejemplo, la Corte Penal Internacional. El asunto no es baladí, pues si estamos hablando de la tendencia a crear un *ius commune* interamericano es necesario que no tenga ningún cuestionamiento. Hasta ahora se han expuesto ya signos de descontento en el sistema interamericano con el incumplimiento de las sentencia por parte de Perú en el

<sup>212</sup> *Diálogo Jurisprudencial*, cit., pp. 183-185.

*Caso Castillo Petruzzi*, Venezuela, en el *Caso Apitz Barbera*, Trinidad y Tobago en el *Caso James*, y Argentina en el *Caso Cantos*.<sup>213</sup> Estos desconocimientos de las sentencias, en estos cuatro casos, no tienen fundamentación legal, sin embargo, los podemos ver como un signo de que el sistema todavía es frágil y no se deben bajar los brazos o actuar en forma triunfalista.

Además, el trabajo para el sistema interamericano se ha multiplicado en forma impresionante en unos cuantos años, como resultado de la ausencia todavía de una penetración hasta el fondo de la cultura del respeto de los derechos humanos. Con la carga de trabajo para los jueces y las limitaciones estructurales de la misma Corte. En efecto, con un presupuesto bastante limitado, con jueces que no son permanentes y en número reducido, y que ante la limitación del presupuesto, los jueces dependen su nombramiento de los diferentes Estados que los propusieron, cuando la esencia es que no representen a ningún Estado.

Por lo anterior, es oportuno y pertinente hacer un alto en el camino y revisar sustancialmente la CIDH, de acuerdo con las siguientes directrices:

- En principio, es necesario obligar a los Estados a que otorguen un porcentaje de su PNB a la Corte anualmente, y así no depender de los Estados Unidos, que al final de cuentas no es parte del sistema.
- Que en los procesos de selección de los jueces y comisionados también participen fundamentalmente las ONG u otra manera de manifestación de la sociedad civil. Sabemos que los Estados son los que proponen a los candidatos y los que realizan el costoso, y en algunos casos desgastante cabildeo (porque se somete a una negociación en donde hay que conceder para que se apoye al candida-

<sup>213</sup> Pellegrini, Lisandro, “El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos Kai *et al.*, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Georg-August-Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-61.

to); puede ocurrir (de todas maneras el sistema se presta a semejante tentación) que el Estado seleccione a un juristas afín o dócil a sus políticas internas.

- Que la Corte aumente el número de jueces hasta once y funcionen en salas y pleno. La carga de trabajo así lo exige; a riesgo de que se colapse es necesario que la Corte se amplíe.
- Que los jueces sean elegidos por un periodo de cuatro años, con una reelección por el mismo periodo.
- Que cuente con una cámara de apelación con la idea de que haya mayor control de las sentencias de los jueces, en esa dirección debe de proveerse un sistema de seguimiento de la Corte de las sentencia y una especie de jurisdicción universal de la región, es decir, que la sentencia sea posible de aplicarse en los tribunales de cualquier Estado de la región.

Con esto realmente se podrá conseguir un orden jurídico común en la región o por lo menos se darán pasos significativos para lograrlo. Lo demás es sostener una idea doctrinal que tiene más entusiasmo que bases reales.

## EPÍLOGO

El DI como sistema jurídico específico está en una dinámica permanente de transformación y más en este momento que está en proceso la creación de un nuevo orden mundial después de haberse hecho añicos el orden de la posguerra al desaparecer el bloque socialista. Esta transformación tiene un marco socioeconómico concreto y es la Tercera Revolución Industrial y su componente la globalización.

El DI está en una constante interrelación con el derecho interno de los Estados, uno y otro sistema se influyen mutuamente, al final de cuentas son construcciones ideales humanas, por lo que es comprensible encontrar instituciones que se desplazan de uno a otro sistema y, en ese sentido, no es adecuado hablar de la “constitucionalización del derecho internacional”, ni de la “internacionalización del derecho constitucional” u otra de esas afirmaciones que ocupan a la doctrina contemporánea. Por ejemplo, el ED a nivel internacional es una propuesta teórica que sirve para detectar o proponer cambios en la estructura normativa de las instituciones internacionales, pero no podemos afirmar que el sistema de relaciones internacionales en donde se encuentra el DI se esté convirtiendo en un sistema constitucional como el interior de los Estados.

El control es una institución que se encuentra tanto en derecho interno como en el DI, y funciona de diferente manera, y no puede ser de otra forma con un sistema como el internacional, de carácter horizontal, descentralizado. Lo que sí es común son sus objetivos: vigilar y propugnar por la observancia de la normatividad internacional, en el entendido de que al carecer de capacidad de coerción tiene que solicitarle al Estado su intervención.

Así, el control es una institución de DI que a pesar de su juventud ha evolucionado cubriendo varias esferas de la estructura internacional. Aquí nos referimos a una parte, dándole mayor importancia a los derechos humanos, y al sistema de la ONU de cuyo análisis podemos sacar ciertas tendencias e inclusive problemáticas, como, por ejemplo, la actuación *ultra vires* de los órganos de control.

Un asunto también importante es la creación de un OPI que desde la doctrina sólo constatamos y sistematizamos, pero que tiene su dinámica propia en la práctica de los componentes del sistema de las relaciones internacionales. Su importancia estriba en los efectos jurídicos que tiene la violación del OPI que serían la nulidad de la actuación y la responsabilidad internacional y una especie de sanción de carácter moral, extrajurídica sobre todo en materia de derechos humanos, sin que estas condenas, mediante resoluciones, no sean susceptibles de “juridificarse” cuando toman los controles internos de los Estados. Pero eso depende de los sistemas de recepción del DI que cada Estado posee como una facultad soberana que sirve como “colador” de los actos internacionales (resoluciones, condenas, sentencias laudos, etcétera) que ingresen en su esfera jurídica interna.

El tema de los derechos humanos, inicial y esencialmente, es un asunto de derecho interno; al proyectarse a nivel internacional, por la incapacidad de Estado de garantizar el respeto de los derechos humanos, trae efectos importantes: mueve la subjetividad del Estado hacia los individuos, en principio, y crea una estructura jurídica en constante evolución, pero el Estado mantiene la soberanía sobre los aspectos de aplicación coercitiva.

En el tema de control hay diferentes niveles: uno sería el normal, el del derecho convencional sobre asuntos multilaterales, políticos, económicos, entre los Estados en donde los órganos de control existen y algunos, como, por ejemplo, el Consejo de Seguridad, están dotados de fuerza jurídica vinculante e inclusive coercitiva; después están los tratados en materia de derechos humanos, DHI y derecho penal internacional, en donde el sistema

de control está unido a un concepto de OPI en virtud de la creación de una normatividad que tiene características especiales.

Y después está un tercer nivel, en donde no hay claridad, existen controles pero no están reconocidos oficialmente, funcionan en algunos casos más efectivos, pero no se les reconoce como controles, como, por ejemplo, en materia económica y en materia ambiental.

En el sistema interamericano de derechos humanos encontramos un sistema de control bastante loable y desarrollado, el cual, sin embargo, no ha creado un “derecho común americano” y en cambio necesita una reforma para que el mismo responda a las exigencias por las cuales fue creada; es decir, la aplicación estricta de la legalidad y la creación de un sistema de contrapesos, como podría ser una sala de apelación.

Los sistemas de control interno que tienen que ver con los sistemas de recepción en el marco de la soberanía del Estado deben hacer un ejercicio cuidadoso de ponderación sobre lo que se acepta y no se acepta, por ejemplo, no es lo mismo una resolución de uno de los órganos del CS que una sentencia de la Corte IDH. El criterio de aceptación debe ser claro y cumplirse al pie de la letra cuando se decide aceptar, como es el caso de las sentencias en materia de derechos humanos.

El tema del control indudablemente se mantendrá como objeto del análisis académico, pues es parte del DI en transformación y es un elemento de lo que denominamos EDI.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADONON VIVEROS, Akuavi, “Conceptos fundamentales de derecho internacional a la luz de la antropología jurídica”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER, UNLENBREK, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-FES, Acatlán, 2008.
- ÁLVAREZ, José, *International Organizations as Law-makers*, Nueva York Oxford, University Press, 2005.
- ÁVALOS VÁZQUEZ, Roxana, “La guerra preventiva. Consecuencias”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Irak*, México, UNAM, 2005.
- BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991.
- , *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, 2006.
- (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.
- 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.
- BERNAL VERA, Carlos, *Textos, materiales y decisiones judiciales de derecho internacional*, México, Porrúa-ITAM, 2011.

- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Evolución y perspectiva de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.
- , “La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.
- CASTAÑEDA, Jorge, “El principio de no-intervención”, *Obras completas*, México, Instituto Matías Romero-Secretaría de Relaciones Exteriores-Colegio de México, vol. I.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011.
- D’AMATO, Anthony, *International Law Sources*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales en teoría y en la práctica*, 2a. ed., México, Gernika, 1998.
- ETIENNE LLANO, Alejandro, *La protección de la persona humana en el derecho internacional. Los derechos humanos*, México, Trillas, 1987.
- FRANCO RODRÍGUEZ, María José, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. IV.
- GARIBIAN, Sévane y PUPPO, Alberto, *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, México, ITAM-Fontamara, 2010.

- GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso, *Corte Internacional de Justicia. El caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua*, México, UNAM, 2011.
- KENNEDY, Paul, *El parlamento de la humanidad*, México, Random House Mondadori-Debate, 2008.
- KOSKEINNIEMI, Martti, “What is International Law for?”, en EVANS, Malcom D. (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AMBOS, Kai et al., *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Georg-August-Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- MATAM FARRALL, Jeremy, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- MORALES Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- TARDIF, Eric, *Intervención humanitaria. ¿Derecho, deber o prohibición?*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Universalismo europeo. El discurso de poder*, México, Siglo XXI Editores, 2007.
- WATTS, Arthur, “El Rule of Law internacional”, en THESING, Josef, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999.

*Hemerografía*

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011.
- AGUILAR NAVARRO, M., “Aspectos generales del control internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 101, septiembre-octubre de 1958.
- , “La cooperación internacional y la teoría del control”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1959.
- ARROCHA OLABUENAGA, Pablo, “Estado de derecho en el plano internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010.
- BATTAGLINO, Jorge M., “Transformaciones en la seguridad internacional en la post Guerra Fría: su impacto en América del Sur”, *Estudios Internacionales*, Chile, núm. 160, 2008.
- BENAVIDES, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.
- BORRAS PERTINART, Susana, “La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013.
- , *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Universitat Rovira I Virgili.
- CARPISO, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- CHESTERMAN, Simon, “An International Rule of Law”, *American Journal of Comparative Law*, Estados Unidos, núm. 56 (2), 2008.
- Diálogo Jurisprudencial*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2010.
- DÍAZ, Elías, “Teoría general del Estado de derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 131, 1963.

- FERRAJOLI, Luigi, “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009.
- GARIBIAN SÉVANE y PUPPO, Alberto, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomías*, México, núm. 36, abril de 2012.
- GEORGE, Nolte, “Sobre la crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.
- GÓMEZ-ROBLEDOS, Alonso, “La práctica exterior mexicana: sus principios fundamentales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.
- LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, “Los mecanismos del derecho internacional frente al terrorismo internacional como amenaza a la seguridad internacional”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, enero-abril de 2007, t. LVII.
- MICHIEL OTTO, Jan, “Rule of Law, Adat Law and Sharia: 1901, 2001, and Monitoring the New Phase”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Holanda, 2009.
- MORILLO HERRADA, Zósimo Roberto, “La evolución del concepto de seguridad internacional. De la seguridad interestatal a la seguridad humana”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, t. LVII, enero-abril de 2007.
- PUPPO, Alberto, “Lutte internationale contre le terrorisme, sécurité internationale et droits fondamentaux. Les pirouettes des juges européens entre création de hiérarchies normatives improbables et sacrifice des garanties juridictionnelles les plus élémentaires”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009.
- RODILES, Alejandro, “La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, Luis Miguel, “Seguridad internacional y soberanía en los países en desarrollo”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 134, enero-abril de 2007, t. LVII.

- ROSAS GONZÁLEZ, María Cristina, “Las nuevas concepciones sobre la seguridad internacional”, *Relaciones Internacionales*, México, núm. 59, julio-septiembre de 1993.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012.
- SLAUGHTER, Anne Marie, “International Law and International Relations”, *Recueil des Cours*, La Haya, vol. 285, 2000.
- TÜNDE HUNER, Katalin y RODILES, Alejandro, “An Ombudsman in the United Nations Security Council: a Paradigm Shift?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario*, México, 2012.

### *Documentos*

- Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 154, sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Carta de la Naciones Unidas, 1945.
- CDHB Convenio.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenios de Ginebra.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, serie C, núm. 158, sentencia del 24 de noviembre de 2006.
- , *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 215, sentencia del 30 de agosto de 2010.
- , *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 216, sentencia del 31 de agosto de 2010.
- , *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 219, sentencia del 24 de noviembre de 2010.

———, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, sentencia del 26 de noviembre de 2010.

———, *Furlan y familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 246, sentencia del 31 de agosto de 2012.

Estatuto de la CIDH.

Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión Consultiva CIJ, Recueil, 1951.

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, del 21 de diciembre de 1965.

Resolución 1235 (XLII) de 1967 ECOSOC.

Resolución 1503 (XLVIII) de 1970 ECOSOC.

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 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.

Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 60/25 de la A. G. del 3 de abril de 2006, ONU.

Opinión Consultiva 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.

Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, núm. 2.

Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, serie A, núm. 20 CIDH.

Tesis P./J. 74/99, “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.

Tesis plenaria P./J. 73/99, “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”.

Tesis de jurisprudencia 2a./J. 109/2004, “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”.

Tesis P./J. 23/2002, “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”.

*El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 21 de abril de 2017 en los talleres de Editorial Cromo Editores, S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

**e**l cumplimiento del derecho internacional tiene diferentes niveles. El primero, el mayoritario, se cumple en forma voluntaria, fluye sin problema, es invisible, se crea y se cumple sin mayor espectacularidad. El segundo, el que no se cumple, porque en mayor medida está sujeto a escrutinio público, es la “patología” del derecho internacional, es visible para todo el mundo.

En la evolución del derecho se ha creado un sistema de normas que forman la institución del control de la aplicación del derecho internacional. El control tiene doble carácter: vigila, revisa si se cumple con la normatividad internacional, en este sentido tiene un carácter preventivo, y también constata, dicta resoluciones y sentencias sobre la violación del derecho internacional, aquí actúa *ex post facto*, en forma remedial.

A excepción del control que ejerce el Consejo de Seguridad de la ONU, los sistemas de control carecen de coerción —por lo que se apoyan en el Estado— y aquí es donde encontramos otro tipo de control. Donde el Estado tiene una doble obligación: cumplir de buena fe el derecho internacional al que se ha obligado en el interior del Estado, y cumplir con las recomendaciones o sentencias dictadas por los órganos de control.

En este sentido, el tema del control está íntimamente ligado con el de Estado de derecho internacional, que en el plano internacional lo tomamos como un modelo a seguir ya que en el sistema de las relaciones internacionales está en *status nascendi*.



[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

