

Apuntes de derecho internacional de los derechos humanos

¹Clara Castillo Lara

Introducción

Los antecedentes ingleses como la Carta Magna de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, la definición actual de derechos humanos no surge sino hasta el siglo XVII con las declaraciones estadounidenses, y con la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano proclamada en París en 1789. Con esto, el derecho interno de los Estados desarrolla un orden jurídico hacia el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado específicos. El derecho internacional tradicional se definía como el orden jurídico que regulaba las relaciones entre Estados, por lo que solo se le reconocían derechos y obligaciones a los Estados, pero no a los individuos, pues eran considerados “objetos” y no “sujetos”. (Ortiz,2014:410)

Y el principio de no intervención en asuntos internos reconocido en 1648 en la Paz de Westfalia con los tratados de Osnabrück y Münster en la creación de la Liga de las Naciones, así como el hecho de que el derecho internacional se ocupó de regular las relaciones entre Estados consiguieron que el derecho internacional se mantuviera al margen de la protección de los derechos humanos. Y la manera como un Estado trataba a sus gobernados no estaba regulado por el derecho internacional e impedía la afectación de los derechos de otros Estados. Y puesto que el derecho internacional no se aplicaba en los casos en que un Estado violara los derechos humanos de sus gobernados, impedía que otros Estados intercedieran por los ciudadanos de cualquier otro Estado que infringiera sus derechos. (Ortiz, 2014:410)

El siglo XX, trajo una evolución hacia la protección de los derechos humanos, porque los individuos se consideraron “objetos” del derecho internacional y ahora

¹ Profesora investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana-A; Coordinadora de la Maestría en Derecho; e integrante del Área de Investigación de Derechos Humanos y Alternatividad Jurídico Social. Dra. en Ciencias Penales y Política Criminal. Dra. en Derecho Público, e Investigadora Nacional del SNI-CONACYT

se tiene la concepción de que son “sujetos”. Las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial provocaron un cambio en favor de los derechos humanos y se considera un asunto susceptible de regulación por parte del derecho internacional. En 1945 se incluyó en la Carta de la ONU disposiciones que reflejan un compromiso bien definido de la comunidad de Estados con la protección y defensa de los derechos humanos, con ello, se inició el movimiento de internacionalización de los derechos humanos. (Ortiz, 2014:410)

Considerando el impacto del derecho internacional relativo en la labor de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, es útil tener en cuenta al sistema del derecho internacional y el modo en que rige las relaciones entre Estados, agentes estatales, particulares y organizaciones internacionales. Aunque los aspectos del derecho internacional es un conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados entre sí; las relaciones entre los Estados y los individuos y otras entidades no estatales; el funcionamiento de las instituciones y las organizaciones internacionales, y las relaciones entre ellas y con los Estados, los individuos y otras entidades no estatales. (Cees y Bienert, 2017:81)

El derecho internacional trata de normas sobre los derechos territoriales terrestres, marítimos y aéreos de los Estados, la protección internacional del medio ambiente, los intercambios y las relaciones comerciales internacionales, el uso de la fuerza por los Estados, los derechos humanos y el derecho humanitario. (Cees y Bienert, 2017:81) La Declaración y Programa de Acción de Viena, originada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de junio de 1983 estatuyó:

“Todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, la comunidad internacional debe tratar los derechos de manera global, de manera justa y equitativa, y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos patrimonios históricos además los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales”. (Velázquez,2009:219)

La fundamentación de los Derechos Humanos se basa tanto en la concepción positivista del derecho como en la iusnaturalista. De ahí se derivan una serie de modelos que intentan conceptualizar los derechos humanos. En el debate respecto a la esencia de los derechos humanos resalta un tema importante a considerar como el multiculturalismo, o sea, la existencia de diversas culturas que influyen en el desarrollo, creencias y comportamiento de las personas.

La concepción más difundida de los Derechos Humanos es aquella que los concibe como elementos éticos y jurídicos, con una caracterización abstracta de los derechos morales, derivados de situaciones espacio-temporales específicas para determinar las exigencias y pretensiones fundamentales, que resulta en un punto intermedio entre el objetivismo y el no objetivismo, con especial énfasis en el ser humano como sujeto moral racional, influenciado por los valores sociales de su entorno. (Velázquez, 2009: 219) En los derechos fundamentales también lo han tratado de delimitar y conceptualizarlos:

” ...La expresión ‘Derechos Fundamentales’ sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza ‘ordinaria’ que los demás derechos subjetivos poseen. (Velázquez, 2009:144)

Actualmente, el sistema de las Naciones Unidas cuenta con organismos competentes en materia de derechos humanos que son de diversa naturaleza y composición. Son órganos establecidos por la carta fundacional de las Naciones Unidas, otros organismos son de naturaleza especializada, además, hay mecanismos de naturaleza contenciosa, convencional y no convencional. Entre los establecidos por la Carta de las Naciones Unidas se encuentra la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, la Secretaría General y la Comisión de Derechos Humanos. (Valencia, 2004:122)

Entre los organismos especializados están: la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia

y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); el Fondo Monetario Internacional (FMI); el Banco Mundial (BM); y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Entre los organismos subsidiarios se encuentran la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa Mundial de Alimentos (PMA), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (CNUCED), EL Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), EL Centro de las Naciones Unidas para los asentamientos Humanos (HABITAT), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), el Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), el Fondo de las Naciones Unidas para el medio Ambiente (PNUMA), y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). (Valencia, 2004:122)

Entre los mecanismos contenciosos están la Corte Internacional de Justicia; el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Los mecanismos convencionales se encuentran el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño. Los mecanismos no convencionales son los Relatores Especiales, los Expertos Independientes y los Grupos de Trabajo. (Valencia, 2004:123)

La evolución del derecho de la responsabilidad internacional es la tendencia a reconocer a otros sujetos, activos y pasivos, en la medida de su reconocimiento como sujetos del derecho internacional. El proceso de humanización es una de las dimensiones del derecho internacional al reconocer que es una realidad jurídica no una tendencia. (Ortiz,2014:560) Solo a través del Estado las reglas del derecho internacional pueden afectar al individuo, pues la persona humana es considerada por las normas internacionales solo como un receptor de derechos, donde su

ejercicio y defensa son asumidos por los Estados de manera discrecional. Así, el individuo no es sujeto típico del derecho internacional, aunque excepcionalmente pueda serlo, en la medida de que algunas normas le atribuyan derechos y obligaciones de carácter internacional. O sea, el acto ilícito del individuo puede llegar a suscitar su responsabilidad directa en el plano internacional solo de manera excepcional y con dependencia de la gravedad del acto. (Ortiz,2014:560)

No se puede olvidar que la libertad eficaz, en la organización social, a través de los derechos, favorece la creación de nuevos espacios y la invención de nuevas dimensiones. Por eso, los derechos no se pueden ver solo desde el interés individual, sino también desde su función social. (Peces-Barba,1999:381)

1. Sujetos de derecho internacional

El derecho que rige las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, y determina cuales son las entidades con capacidad jurídica y su amplitud, relativa a la competencia para ciertos actos. Asimismo, establece si las personas naturales y jurídicas están, o pueden estar obligadas por sus contenidos, la medida en qué lo están o si pueden recurrir a él para la protección de sus intereses particulares. Con lo cual, se deduce que las competencias jurídicas de las entidades individuales pueden ser diferentes.

El “sujeto de derecho internacional” hace referencia a: los titulares de derechos y deberes en virtud del derecho internacional; los titulares de privilegio procesal para incoar acciones ante un tribunal internacional; los poseedores de los intereses previstos por el derecho internacional; y las entidades competentes para suscribir tratados con otros Estados y con organizaciones internacionales. (Cees y Bienert, 2017:82)

Los tres principales sujetos del derecho internacional se presentan a continuación. Los Estados son sujetos de derecho internacional. En el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados, se dispone que: “El Estado como persona [es decir, sujeto] de derecho internacional debe reunir los

siguientes requisitos: (a) población permanente; (b) territorio determinado; (c) gobierno; y (d) capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.” En lo referente a la población y al territorio, no hay límite mínimo de número y extensión. Tampoco es necesario que las fronteras del Estado estén definidas o sean indiscutidas. Basta con que el territorio tenga suficiente cohesión, aunque sus fronteras no estén completamente definidas. La existencia de un gobierno implica una forma estable de organización política, así como la capacidad de las autoridades para imponerse en el territorio del Estado. Sin embargo, de la práctica estatal se deduce que el requisito de una “organización política estable” que controle el territorio del Estado no es aplicable en situaciones de conflicto armado, una vez que se ha establecido un Estado. (Cees y Bienert, 2017:82)

La capacidad exigida para entrar en relaciones con los demás Estados se refiere directamente a la independencia de éstos. La independencia, ha de entenderse como la existencia de un Estado que no está sometido a la autoridad de ningún otro Estado o grupo de Estados. Esta situación puede también describirse como soberanía externa, lo que significa que la única autoridad que se impone a un Estado es la del derecho internacional. El reconocimiento como Estado es un requisito adicional fundamental para que exista un Estado.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Unión Europea (UE), la Unión Africana (UA), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), son organizaciones creadas por un tratado multilateral con distintos niveles de personalidad internacional, con competencia para celebrar tratados, gozan de privilegios e inmunidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones internacionales y pueden entablar acciones ante los tribunales internacionales, pero no por ello son equiparables a los Estados ni tienen los mismos derechos y obligaciones que estos.

El reconocimiento de la capacidad de los individuos para ser titulares de derechos y deberes en derecho internacional, y para entablar acciones ante tribunales

internacionales, está ampliamente reconocida en las prácticas estatales. El derecho internacional de los derechos humanos define a las personas físicas como sujetos de derecho internacional, con derechos y deberes que les permiten entablar acciones o ser encausadas ante tribunales internacionales, por ejemplo, por crímenes contra el derecho internacional. Aunque los individuos son sujetos de derecho internacional, casi siempre son objetos de derecho internacional.

2.- Las fuentes del derecho internacional.

El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ),² dispone que: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (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 normas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.” (Cees y Bienert, 2017:83)

En el derecho internacional de los derechos humanos, que sin perjuicio de todas las fuentes referidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se han de considerar dos elementos: la obligatoriedad universal y regional de la norma que obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos según la Carta de las Naciones Unidas y su carácter *ius cogens*. (Ortiz, 2004:24)

² Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir de conformidad con el derecho internacional las controversias que le sean sometidas, aplicará:

a. convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados contendientes;

b. costumbre internacional, como evidencia de una práctica general aceptada como ley;

c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 59, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas más calificados de las distintas naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho.

Cfr. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<https://web.archive.org/web/20110629193835/http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (01-07-2019)

En el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Convención de Viena), se definen los “tratados” como sigue: “Para los efectos de la presente Convención: (a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” Los tratados pueden ser bilaterales (entre dos Estados) o multilaterales (entre más de dos Estados). El tratado, bilateral o multilateral, crea obligaciones jurídicas para los Estados parte.

El derecho internacional por el que se rigen los tratados está codificado en la Convención de Viena, como normas sobre los tratados. Su importancia entre Estados es aceptada por los mismos. Aunque podría haber controversia en las diferentes interpretaciones que puedan hacer los Estados de un tratado. Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados y decidir cómo organizar el ejercicio de su competencia para elaborar tratados, con el fin de determinar las personas que pueden representar al respectivo Estado para la aprobación o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. Los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de Relaciones Exteriores representan a los respectivos Estados, en virtud de sus funciones y sin presentar plenos poderes, es decir, un documento expedido por la autoridad competente de un Estado en que se designa a una persona como representante de dicho Estado para todo acto relacionado con el tratado. (Cees y Bienert, 2017:84)

Los Estados pueden manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado de diferentes formas. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado “podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido” (Convención de Viena, artículo 11). La ratificación es un acto separado y obligatorio cuando así lo prescribe un tratado, por el que un Estado se obliga en forma definitiva a observar sus disposiciones. Es un documento que corrobora la firma del tratado y se deposita en poder de un

depositario, que puede ser una organización o una persona designada a tal fin, cuya función consiste en seguir los procedimientos nacionales necesarios para la aprobación de la firma del tratado. Si un Estado no se encuentra entre los signatarios iniciales de un tratado, puede llegar adherirse a él posteriormente.

Es práctica corriente para un tratado la especificación de la fecha y la manera en la que entra en vigor. Aunque la entrada en vigor en los tratados bilaterales puede ser tras la firma, en la mayoría de los casos, y en los tratados multilaterales, la fecha depende de la ratificación de un número mínimo de las partes en el tratado. *De la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores* (Convención de Viena, artículo 24).

Antes de la entrada en vigor de un tratado, un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: *a) si ha firmado el tratado o a canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente* (Convención de Viena, artículo 18). Todo tratado en vigor *obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe* (Convención de Viena, artículo 26). *Pacta sunt servanda* es un principio fundamental del derecho internacional y del derecho convencional, y un Estado *no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* (Convención de Viena, artículo 27).

Las reservas son una herramienta que facilita la celebración de tratados e impide que los Estados se abstengan de suscribir o de adherirse por causa de algunos aspectos aislados, por eso, el Estado formula una o varias reservas (Ortiz, 2004:31) al tratado cuando firma, ratifica, acepta, aprueba el tratado o se adhiere a él, la interrogante es si el régimen de las reservas no varía en función de la naturaleza de los tratados, cuando no dispongan nada al respecto de los mismos. (Ortiz, 2004:31)

En el artículo 42.2 de la Convención de Viena, se estipula que: *La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.* En los artículos 54 a 79 de la Convención de Viena, se consignan los requisitos para la terminación, la suspensión y el retiro.

Las relaciones entre los Estados son difíciles y se basan en opiniones compartidas o acuerdos concluidos por consenso. Puesto que surgen controversias entre Estados, y pueden ser de todo tipo, incluso originadas por relaciones dimanantes de un tratado entre Estados.³ Por ejemplo: La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. (Cees y Bienert, 2017:87)

Los Estados tratan de resolver sus controversias mediante la negociación o la mediación, a menudo con la ayuda de una tercera parte que ofrece sus buenos oficios, o la conciliación o la investigación de los hechos. En cuanto a la ayuda de una tercera parte, a veces, es facilitada por la ONU o por una organización regional, como la OEA y la OUA. Esta forma de arreglo pacífico de controversias ofrece a las partes opciones abiertas para el acuerdo que, aunque no necesariamente se basan en el derecho internacional, sí cuentan con el apoyo de las partes en una determinada controversia. El arreglo mediante el arbitraje o el arreglo judicial supone la aplicación de normas de derecho internacional, y limita las opciones de solución y arreglo de la controversia. Entre otros problemas más.

La Convención para la resolución pacífica de las diferencias internacionales (Convención H.I) dispone que el *objeto del arbitraje es el arreglo de las diferencias entre Estados por jueces elegidos por estos y basándose en el respeto del derecho*

³ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDM, aprobada en 1979) acepta la ratificación con reservas, siempre que esas reservas no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención (CEDM, artículo 28.2)

(artículo 37). La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ⁴ define al arbitraje como *un procedimiento para resolver controversias entre Estados mediante un laudo obligatorio basado en el derecho y resultante de un compromiso voluntariamente aceptado*. La diferencia entre el arbitraje y el arreglo judicial reside en la elección de los miembros de ambos órganos judiciales y en las normas de procedimiento; por ejemplo, a diferencia de las decisiones y sentencias judiciales, en la esfera del arbitraje, los procedimientos y los laudos no siempre son públicos. Mientras que los miembros de los paneles de arbitraje se seleccionan sobre la base de un acuerdo entre las partes, el arreglo judicial presupone la presencia de un tribunal permanente con un cuerpo de magistrados y un reglamento interno propios que las partes en la controversia han de aceptar. Los tribunales de arbitraje pueden tener un único árbitro o ser órganos colegiados; por lo que atañe a su composición, es esencial el consenso de los Estados parte en la controversia. Ese consenso puede estar establecido en un tratado como un medio para la resolución de controversias vinculadas con el tratado en sí o sobre una base *ad hoc* cuando se origina una controversia entre Estados y estos deciden recurrir al arbitraje. El *laudo* dictado por el tribunal, es obligatorio para las partes en la controversia, aunque un Estado puede decidir no aceptarlo. (Cees y Bienert, 2017:88)

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha de considerarse como el tribunal internacional actual más importante.⁵ Aunque existen otros tribunales

⁴ La Comisión de Derecho Internacional es un grupo de expertos creado en cumplimiento del art. 13(1) (a) de la Carta de la ONU para impulsar la codificación progresiva del derecho internacional. Según el art. (2) de su Estatuto, la Comisión está integrada por 34 miembros “de reconocida competencia en derecho internacional”. Los miembros actúan a título individual y no en representación de sus gobiernos. Son elegidos por la Asamblea General de la ONU, que “tendr[á] en cuenta que [...] en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” (Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, art. 8).

⁵ La CIJ es el principal órgano judicial de la ONU y fue constituida en el año 1946, en virtud del artículo 92 de la Carta de la ONU. La CIJ está organizada según lo dispuesto en su Estatuto –que forma parte integrante de la Carta de la ONU– y su sede tradicional ha sido siempre La Haya (Países Bajos). Los magistrados de la CIJ son elegidos por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, de conformidad con un complejo procedimiento (ver los artículos 4-14 del Estatuto de la CIJ). Su designación suele ser un ejercicio sumamente politizado. Actualmente, la distribución de las quince plazas de la CIJ (en términos de nacionalidad y bloques de poder) corresponde a la de los miembros del Consejo de Seguridad, lo que significa, entre otras cosas, que entre los magistrados de la CIJ hay un nacional de cada uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, EE.UU., Francia, Reino Unido y Rusia).

internacionales que se ocupan de las obligaciones de los Estados, como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la competencia de cada uno de estos tribunales para dictar fallos se limita a las reclamaciones que se les presentan en virtud del respectivo tratado por el que fueron constituidos. Dado que estos tribunales penales internacionales tienen jurisdicción sobre individuos y no sobre Estados

La CIJ emite un único fallo, pero los magistrados tienen derecho a expresar su opinión. La decisión de la CIJ es obligatoria para los Estados parte en la controversia. La jurisdicción de la CIJ se relaciona con la resolución de litigios y la emisión de opiniones consultivas, poderes que no puede ejercer por iniciativa propia. Dicha jurisdicción *incluye todos los litigios que las partes le sometan y todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de la ONU o en los tratados y convenciones vigentes* (artículo 36.1 del Estatuto). Los Estados pueden declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria la jurisdicción de la CIJ en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: *la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional; la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional*. La declaración puede hacerse *incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo* (Estatuto, artículo 36.3). Además de la competencia sobre los litigios que los Estados le sometan según lo dispuesto en el artículo 36 de su Estatuto, la CIJ puede *emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la (Carta de la ONU)* (por ejemplo, el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), así como los organismos especializados de la ONU. Las opiniones consultivas de la CIJ son vinculantes para el organismo que las solicita, y generalmente, los Estados concernidos suelen también aceptarlas y adherirse a ellas. Los Estados no tienen la capacidad para solicitar opiniones

consultivas de la Corte, pero tienen derecho a comparecer ante la Corte y a formular opiniones y comentarios sobre los puntos de vista expuestos ante ella. (Cees y Bienert, 2017:90)

En el artículo 38.1(b) del Estatuto de la CIJ, se define la costumbre internacional como *prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*. Para entender bien esta definición, es necesario examinarla más detenidamente. Para que exista una *costumbre*, se necesita, en primer lugar, que haya una *práctica general* en las relaciones entre Estados. Es posible encontrar ejemplos de dichas *prácticas generales* tanto en las relaciones bilaterales entre Estados como en las relaciones multilaterales. Una *práctica general* ha de ser constante (habitual) para que sea reconocida como tal.

Para concluir que existe realmente derecho internacional consuetudinario en una cuestión específica, no basta, sin embargo, la existencia de una *práctica general*. Para que esta sea reconocida como parte del derecho internacional consuetudinario, es indispensable que el Estado o los Estados concernidos tengan la convicción de que se trata de una obligación jurídica. Esta convicción jurídica necesaria es más conocida en su formulación latina *opinio juris sive necessitatis*.

Lo que constituye derecho internacional consuetudinario es la combinación de una práctica que se repite periódicamente, entre Estados, con la convicción fundamental, de los Estados, de que tanto esa práctica como su periodicidad son la consecuencia de una norma obligatoria. Las pruebas de la existencia de las *prácticas generales* de los Estados se pueden hallar a través del examen minucioso de los actos y declaraciones de jefes de Estado y agentes diplomáticos, opiniones de asesores jurídicos a gobiernos, tratados bilaterales, comunicados de prensa o declaraciones oficiales gubernamentales, leyes estatales, decisiones de tribunales nacionales y prácticas militares o administrativas de los Estados.

Las normas del derecho consuetudinario suelen estar reflejadas en los tratados. Por ejemplo, se considera que la propia Convención de Viena representa una codificación de normas de derecho internacional consuetudinario por lo que atañe a los tratados. Además, las normas que imponen los tratados pueden ampliar su aceptación debido a que estos tienen un gran número de signatarios o porque una misma norma forma parte de varios tratados. Esto permite concluir que la norma en cuestión, que quizás inicialmente figuraba en un único tratado con un número limitado de signatarios, con el paso del tiempo se ha transformado en derecho consuetudinario, por ejemplo, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

Otro aspecto del derecho consuetudinario es el concepto de *jus cogens*. En el artículo 53 de la Convención de Viena, se dispone que: *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

El *jus cogens*, o normas imperativas del derecho internacional general, son normas que no admiten derogaciones. Los tratados celebrados entre Estados no deben ser contrarios a dichas normas, y si fuera el caso, son nulos. El artículo 64 de la Convención de Viena determina incluso que *(s)i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*. La palabra *surge* debe entenderse como referencia a una *nueva* norma de *jus cogens* que antes era una norma de derecho internacional consuetudinario o formaba parte de un tratado multilateral. En este sentido, se hace referencia al proceso de evolución de las normas generales de derecho internacional, en virtud del cual una práctica habitual entre Estados puede convertirse en derecho internacional consuetudinario, y una norma de derecho internacional consuetudinario puede llegar a ser una norma imperativa que

no admite derogación alguna. La prohibición total de la tortura (O'Donnel, 2004:177) y (Cees y Bienert, 2017:91) es un ejemplo de norma que ha evolucionado. Así que un tratado que defiende o permite la tortura es nulo según el contenido del artículo 64 de la Convención de Viena.

Aparte de los *tratados y la costumbre* existen fuentes secundarias del derecho internacional: los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; las decisiones judiciales de las cortes y los tribunales internacionales; las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones; y las resoluciones de la Asamblea General de la ONU.

Se debate el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como *derecho indicativo* o *soft law*. Por lo que atañe al funcionamiento interno de las Naciones Unidas, dichas resoluciones surten plenos efectos jurídicos. En principio, el derecho indicativo está integrado por instrumentos jurídicamente no vinculantes que son utilizados por distintas razones, como fortalecer el compromiso de los Estados con los acuerdos internacionales, confirmar las normas internacionales y establecer un fundamento jurídico para futuros tratados. Esos instrumentos suelen ser mucho más específicos que los tratados o convenciones, cuya formulación es un poco más imprecisa.

Un ejemplo son los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (PBEF), aprobados por el Octavo Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente en 1990. El objetivo del documento es desarrollar y proporcionar una orientación acerca de la implementación del derecho imperativo (en particular, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). (Ortiz, 2004:27) La obligatoriedad de la DUDH fue reconocida por el Acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, según la cual, *la Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e*

inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional (Ortiz, 2004:27)

3.- La relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Mientras un Estado cumpla las obligaciones que le impone el derecho internacional, la manera de cómo lo hace no atañe a ese derecho. En algunos casos, los Estados aceptan cumplir sus obligaciones de un modo particular, como ocurre en el ámbito de los derechos humanos, en que los Estados consideran a la tortura y el genocidio, como crímenes y castigarlos mediante su sistema jurídico nacional. (Cees y Bienert, 2017:92)

La naturaleza de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional depende del sistema jurídico específico. Muchos Estados consideran que el derecho interno y el internacional forman un solo sistema jurídico. Así, una norma de derecho internacional se incorpora automáticamente al derecho nacional y se aplica en los tribunales. Algunos Estados se adhieren al principio de la *superioridad* del derecho internacional, es decir, que este prevalece en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional y una de derecho interno. Al contrario, en otros países, la constitución conserva la superioridad sobre el derecho internacional. Para otros Estados, el derecho internacional y el derecho nacional son dos sistemas distintos; aunque cada uno puede contener partes del otro, son ordenamientos separados.

En esos Estados una norma internacional no se considera parte del derecho nacional hasta que no ha sido incorporada formalmente al ordenamiento jurídico interno. Como es el caso mexicano ocurrida el 10 de junio de 2011. Sin embargo, en muchos de esos países, el derecho internacional consuetudinario⁶ forma parte

⁶ El artículo 19.1 de la CDN estipula: “Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Algunas de las medidas apropiadas para la aplicación de este artículo son: • la aprobación de una ley que determine los delitos específicos de conformidad con el derecho penal por trato violento o abusivo de niños cometidos por personas encargadas de su cuidado; • la creación de organismos administrativos obligados y autorizados a investigar el bienestar de los niños; • la adopción de disposiciones relativas al derecho

del derecho nacional sin necesidad de que sea incorporado formalmente al ordenamiento jurídico interno.

La relación entre derecho internacional y derecho interno aborda la relación entre normas jurídicas nacionales e internacionales, así como los problemas y soluciones que se han identificado. Tradicionalmente, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados se ha explicado a través de las teorías monista y dualista. En virtud de la primera, las normas nacionales e internacionales se ven como pertenecientes a un mismo sistema jurídico; mientras que la segunda prevé una división, conformando cada una un sistema jurídico por separado; sin embargo, las corrientes más modernas rechazan esta distinción a favor de posturas más moderadas. Los Estados tratan de cumplir con las normas de derecho internacional y los utilizan como una herramienta de interpretación del derecho interno. (Dondé,2009:191)

Estas teorías cobran importancia cuando hay un conflicto entre una norma de derecho internacional y una de derecho interno. Al respecto, no puede haber un conflicto real entre el derecho interno y el derecho internacional, pues cada uno constituye un sistema que opera en ámbitos diversos; sin embargo, sí puede haber un conflicto con obligaciones internacionales o una inhabilidad de los Estados para actuar de forma consistente con el derecho internacional. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las referencias al derecho internacional se limitan a los tratados internacionales, los cuales forman parte del sistema jurídico nacional; lo mismo que la costumbre internacional, la cual se ha incorporado a los sistemas anglosajones a través del *common law*, o a través de disposiciones constitucionales en los sistemas europeos. La doctrina ha identificado aquellos que son autoejecutables (*self-executing*) y los no autoejecutables. Los primeros no dependen de una ley para su cumplimiento, y le corresponderá al Ejecutivo su adecuación con disposiciones administrativas. Los segundos se refieren a aquellos

laboral que proporcionen protección específica relativa al empleo de menores (edad mínima, horas de trabajo, etc.). 94 forma parte del derecho nacional sin necesidad de que sea incorporado formalmente al ordenamiento jurídico interno.

tratados que necesitan de una ley, o un reglamento para operar en la práctica.
(Dondé,2009:191)

Los problemas ocasionados por conflictos entre derecho internacional y derecho interno surgen con los tratados no autoejecutables, pues mientras no se cree la ley de incorporación, puede existir una discrepancia entre el derecho interno y el tratado internacional. Los tribunales tienen un papel fundamental en la armonización del derecho internacional con el derecho interno, y para evitar discrepancias y conflictos deben seguir las recomendaciones de la doctrina, en el sentido de interpretar el derecho interno conforme al derecho internacional, y es a la judicatura a quien le corresponde la interpretación de las leyes, tratados y Constitución.
(Dondé,2009:191)

La aplicación efectiva del derecho internacional en el derecho interno dependerá de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Sin embargo, desde una perspectiva internacional, se ha de tener en cuenta que el derecho internacional es vinculante para los Estados y, más importante aún según el artículo 27 de la Convención de Viena,⁷ un Estado no puede invocar las disposiciones de su constitución o de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional.

Asimismo, forma parte de la responsabilidad de los Estados garantizar que su gobierno, su constitución y sus leyes les permitan cumplir con sus obligaciones internacionales, porque los Estados son responsables de las violaciones del derecho internacional que cometen sus funcionarios o instituciones. El derecho internacional de la responsabilidad de los Estados determina qué sucede cuando un Estado no respeta un tratado que ha aceptado cumplir. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este, según el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por

⁷ *Cfr.* Convención de Viena. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf (01-07-2019)

hechos internacionalmente ilícitos, (artículo 2), aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Se considera que un hecho es internacionalmente ilícito cuando: un comportamiento consistente en una acción u omisión es *atribuible [imputable] al Estado según el derecho internacional*; y ese comportamiento *constituye una violación de una obligación internacional del Estado*. (Cees y Bienert, 2017:94)

El Estado es responsable por los actos de los funcionarios públicos oficiales, y también de los actos de personas cuya conducta puede atribuirse al Estado. En el derecho internacional, la conducta de un órgano estatal se considera un acto del Estado ya dependa el órgano de los poderes constituyente, legislativo, ejecutivo o judicial, ya sean sus funciones de índole internacional o nacional, ya tenga una posición superior o subordinada en la organización del Estado.

Cuando los actos de funcionarios públicos han perjudicado a personas o bienes, la índole de los actos y de las funciones llevadas a cabo determina si el Estado puede ser responsabilizado por esos actos. Si dichos actos son llevados a cabo a título oficial por el funcionario, independientemente de la índole y la legalidad de estos, la responsabilidad de esas acciones recae sobre el Estado. Existe tal responsabilidad incluso cuando las acciones son contrarias a las órdenes de las autoridades superiores. El Estado concernido no puede ampararse en la noción de que, según lo dispuesto en su sistema jurídico, esas acciones u omisiones no debían haber ocurrido o debían haberse producido de otro modo. Los únicos actos que no pueden imputarse al Estado son los realizados por los funcionarios públicos a título privado. Sin embargo, se hace una excepción con los miembros de las fuerzas armadas.

De hecho, el artículo 91 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra establece que las partes en el conflicto *(s)erá(n) responsable(s) de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas*, incluso los actos llevados a cabo a título personal.

Las normas mencionadas anteriormente en relación con la responsabilidad del Estado son las que atañe a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, las acciones que realicen a título oficial son imputables al Estado y, por tanto, comprometen la responsabilidad del Estado. Tal responsabilidad no desaparece solo porque el derecho interno proscriba la comisión o la omisión de ciertos hechos por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, o porque las órdenes superiores tengan otro sentido.

La responsabilidad del Estado puede comprometerse no solo por los actos de sus funcionarios, sino también por los actos de otras personas, si los actos son atribuibles al Estado. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 5 del Proyecto de artículos, el comportamiento de una persona o entidad privada *facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público* puede considerarse responsabilidad del Estado si la persona actuó ejerciendo el poder público que se le ha atribuido específicamente. Esto atañe a la aplicación de la ley, por ejemplo, si se contratan empresas privadas que brindan servicios penitenciarios.

Otra forma en la que la responsabilidad puede atribuirse al Estado es a través de personas u organizaciones que actúan según las instrucciones o bajo la dirección o la supervisión de autoridades estatales, proyecto de artículos, artículo 8. Por último, la responsabilidad del Estado se compromete si, por incumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional, el Estado no cumple con la obligación de proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos perpetradas por actores privados.

El principio esencial inherente a la noción de acto ilícito es que la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente habría existido si no se hubiera cometido dicho acto. Así pues, cuando un Estado es responsable por la comisión de un acto ilícito internacional, tiene la obligación de remediar sus consecuencias. La reparación puede consistir en la restitución en especie o en el pago de una suma equivalente al valor que

tendría esa restitución, cuando sea imposible efectuarla. Se puede, además, reclamar al Estado el resarcimiento por daños, perjuicios o pérdidas sufridas por la parte agraviada. La reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de un tratado y no es necesario que esté mencionada en el tratado

El derecho internacional contiene normas que definen los poderes de los Estados para gobernar a las personas y los bienes. Estas normas determinan lo que se denomina jurisdicción estatal. Los poderes del Estado incluyen poderes de legislación, competencia legislativa, y de aplicación, competencia de aplicación, en los sentidos tanto ejecutivo como judicial de esta palabra. Se deduce, que el poder y la autoridad del Estado para legislar abarcan los ámbitos penal y civil. Las normas de derecho internacional que delimitan la jurisdicción estatal determinan las personas y los bienes a los que se aplica la legislación nacional, así como los procedimientos del Estado para hacer cumplir dicha legislación. Más allá de ello, el contenido mismo del derecho interno no atañe al derecho internacional.⁸

La jurisdicción penal es, sobre todo, competencia de los Estados. Cuando los Estados ejercen la jurisdicción penal en una situación determinada, invocan uno o varios de los cinco principios siguientes: 1. el principio de territorialidad, referido a un delito cometido en su territorio; 2. el principio de nacionalidad, referido a la nacionalidad de la persona que comete el delito; 3. el principio de protección, referido al interés nacional afectado por el delito; 4. el principio de universalidad, según el cual los Estados pueden ejercer jurisdicción independientemente de la nacionalidad del presunto perpetrador o el lugar donde se comete el delito; este principio se aplica, por ejemplo, a las violaciones graves de los Convenios de Ginebra o al delito de piratería; y 5. el principio de personalidad pasiva, referido a la nacionalidad de la víctima del delito.

⁸ El derecho que atañe a la responsabilidad del Estado también se encuentra en el Documento de Montreux. Para obtener más información al respecto, v. Documento de Montreux. Disponible en línea en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0996.pdf (consultado el 30 de septiembre de 2013).

Históricamente, la jurisdicción penal internacional comenzó a aplicarse cuando no podía invocarse la jurisdicción penal nacional. Los primeros tribunales penales internacionales fueron el Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio, instituidos ambos poco después de la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal Militar de Nuremberg se constituyó el 8 de agosto de 1945, cuando representantes de la Unión Soviética, del Reino Unido, de los Estados Unidos y del gobierno provisional de la República Francesa firmaron el Acuerdo concerniente al juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, conocido también como Acuerdo de Londres. En este se integró la Carta del Tribunal Militar Internacional, en la cual se definieron las normas fundamentales y de procedimiento que aplicaría el Tribunal. El Tribunal de Tokio, Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, se constituyó por proclamación especial del Jefe Supremo de la Alianza en el Pacífico, el 19 de enero de 1946. Hasta hace muy poco, estos eran los únicos tribunales penales internacionales constituidos por la comunidad internacional de Estados. Tras los crímenes cometidos en ex Yugoslavia a comienzos de la década de 1990 y en Ruanda en 1994, se establecieron dos tribunales penales internacionales para enjuiciar a los responsables de dichos actos. Ambos tribunales fueron constituidos mediante las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, aprobado según el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

En respuesta a las objeciones planteadas, los 98 tribunales penales mencionados, en 1998 se firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI). Tras lograr un número suficiente de ratificaciones, el tratado entró en vigor el 1 de julio de 2002, fecha en que se estableció la CPI, con sede oficial en La Haya (Países Bajos). El 30 de septiembre de 2013, el Estatuto de Roma tenía 122 Estados parte. Otros países firmaron el Estatuto, pero aún no lo han ratificado. Algunos Estados, como China, India, Rusia y Estados Unidos, no son partes en el tratado. (Cees y Bienert, 2017:94)

La CPI ejerce competencia sobre los siguientes crímenes (Estatuto de Roma, artículo 5): el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes

de guerra; el crimen de agresión. El Estatuto de Roma define cada uno de esos crímenes, que están considerados *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*. El crimen de agresión, artículo 8 bis, se definió en la conferencia celebrada en Kampala, en 2010, y la definición entró en vigor en 2017. Hasta ese momento, la Corte no podía ejercer competencia sobre el crimen de agresión. Durante la conferencia de Kampala, la competencia de la Corte sobre el uso de armas prohibidas en conflictos armados internacionales se extendió a los conflictos armados de índole no internacional. En la conferencia, no se logró definir el crimen de terrorismo, y por ello este no está incluido en el Estatuto de Roma, y deliberadamente no se menciona el tráfico de drogas, porque se considera que excede los recursos limitados de la Corte.

La iniciativa presentada por India para incorporar el uso de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en la definición de crímenes de guerra fue rechazada durante las negociaciones iniciales del tratado. Jurisdicción territorial Las partes en el proceso de negociación no llegaron a un acuerdo para dotar a la Corte de jurisdicción universal. En consecuencia, en el plano geográfico, la CPI ejerce su jurisdicción solo en los siguientes casos: cuando el acusado es nacional de un Estado parte, o cuando el Estado del acusado acepta la competencia de la Corte; o cuando el presunto crimen se comete en el territorio de un Estado parte, o cuando el Estado donde se comete el crimen acepta la competencia de la Corte); o cuando una situación es remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad de la ONU.

La CPI solo puede juzgar crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma (1 de julio 2002). Si un Estado pasa a ser parte en el Estatuto de Roma después de esa fecha, la Corte ejerce jurisdicción sobre crímenes cometidos a partir de la fecha en que entró en vigor el Estatuto de Roma para ese Estado en particular.

Los Estados tienen la responsabilidad de juzgar los crímenes, incluso los definidos en el Estatuto de Roma. Solo cuando los Estados no asumen esa responsabilidad,

la CPI puede ejercer su competencia para investigar y juzgar los crímenes definidos en el Estatuto de Roma. El artículo 17 del Estatuto de Roma estipula que la CPI resuelve la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- “(a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- (b) el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- (c) la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
- (d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.”

De conformidad con el principio de *ne bis in idem*, la CPI no puede juzgar a una persona que ya ha sido juzgada por otro tribunal, a menos que el proceso en el otro tribunal: “(a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o (b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el100 derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia” (Estatuto de Roma, artículo 20.3).

4.- La inmunidad del Estado.

Solía ser una norma de derecho internacional el hecho de que los Estados gozaran de inmunidad absoluta y que no pudieran ser sometidos a juicio ante los tribunales de otro Estado sin su consentimiento. Cuando los Estados empezaron a intervenir en los intercambios mercantiles y el comercio, comenzaron a realizar actos que podían, asimismo, efectuar personas privadas, y, por tanto, actuaban de facto como personas privadas. Los actos privados de los Estados se denominan actos *jure gestionis*, en comparación con los efectuados por los Estados y que no pueden llevar a cabo personas privadas. Ejemplos de tales actos públicos, también

conocidos como actos *jure imperii*, son: -actos administrativos internos, como la expulsión de un extranjero; -actos legislativos, como la nacionalización; -actos de actividad diplomática; y -prestamos públicos.

Una característica esencial de los actos públicos es que no solo su propósito o motivo sirven a los fines del Estado, sino que el acto es un acto gubernamental, en comparación con los actos que puede realizar cualquier particular. Actualmente, en la práctica, la mayoría de los Estados siguen una doctrina de inmunidad restringida, según la cual el Estado extranjero goza de inmunidad únicamente por actos de *jure imperii*. Los tribunales se basan en el criterio distintivo de actos de *jure imperii* para decidir sobre cuestiones relacionadas con la presunta inmunidad de un Estado.

En la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, se determinan los privilegios e inmunidades otorgados a las misiones diplomáticas para garantizar el desempeño eficiente de sus funciones como representantes de los Estados. La Convención distingue entre los miembros del personal de una misión según pertenezcan al cuerpo diplomático, al personal administrativo y técnico o al de servicio (artículo 1). Se dispone, asimismo, que *los locales de la misión son inviolables* (artículo 22). Por “*locales de la misión* se entiende “los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos” (artículo 1(i)). (Cees y Bienert, 2017:94)

Además, *los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución* (artículo 22.3). La correspondencia oficial de la misión y sus funciones— es *inviolable* (artículo 27.2). La valija diplomática *no podrá ser abierta ni retenida* (artículo 27.3) y solo *podrá* *contener documentos diplomáticos u objetos de uso oficial* (artículo 27.4). La persona del agente diplomático: *el jefe de la misión o un miembro del personal*

diplomático, artículo 1) es *inviolable* (artículo 29); no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. *El agente diplomático goza de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor* (artículo 31.1). Esta disposición, no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante (artículo 31.4).

El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos (artículo 32.1), pero la renuncia ha de ser siempre *expresa* (artículo 32.2). Los Estados tienden a renunciar a la inmunidad de sus agentes diplomáticos cuando ello no obstaculiza el desempeño de las funciones de la misión y con miras a mantener buenas relaciones con el Estado receptor.

A menudo, el Estado aplica el principio de la reciprocidad, y garantiza a un Estado acreditante los mismos privilegios e inmunidades que ese Estado garantice, como Estado receptor, a sus agentes diplomáticos. El Estado receptor puede, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, *comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda* (Artículo 9.1).

Una situación de asilo (O' Donnell, 2004:598) de facto plantea un dilema irresoluble para el Estado territorial. Si el Estado de refugio no entrega al refugiado, el Estado territorial solo puede aprehender a esa persona violando la inmunidad de los locales diplomáticos, según el artículo 22 de la Convención sobre relaciones diplomáticas, o rompiendo las relaciones diplomáticas. Generalmente, se considera que el pago por la captura del refugiado es elevado. (Cees y Bienert, 2017:101)

También se dice que las misiones diplomáticas deberían considerarse parte del territorio del Estado acreditante. Si esto fuera así, entonces las partes en la Convención sobre relaciones diplomáticas figuraría en ella y no sería necesario especificar las inmunidades de la misión diplomática, como se hace en el artículo

22. Por último, cabe señalar que no todas las violaciones de la inmunidad diplomática ejercidas por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, si registra una valija diplomática o arresta a un diplomático, necesariamente convierten en ilícitos los procedimientos penales según la legislación nacional. El titular de derechos de inmunidad diplomática es el otro Estado y no el individuo en cuestión.

La posibilidad de procesar a un diplomático o la admisibilidad de la evidencia obtenida mediante violación de la inmunidad diplomática dependerá de si las leyes nacionales prohíben el procesamiento o el uso de esa evidencia, y sólo en ese caso la persona en cuestión puede presentar una denuncia por procedimiento ilícito. De lo contrario, el Estado afectado, puede adoptar las medidas necesarias de conformidad con la Convención y oponerse al procesamiento o al uso de la evidencia obtenida mediante violación de la inmunidad diplomática.

5.- El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH) son dos áreas fundamentales del derecho internacional que tienen particular importancia. Comparten algunos objetivos, por ejemplo, proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas. Por lo general, se acepta que el DIH y el DIDH son regímenes jurídicos complementarios, aunque con distintos ámbitos de aplicación. Mientras que el DIDH se aplica siempre, el DIH se aplica durante un conflicto armado. Sin embargo, en la interacción entre el DIH y el DIDH hay importantes diferencias de carácter general. La primera es que el DIDH es vinculante de jure solo para los Estados, mientras que el DIH es vinculante para las partes en un conflicto, incluso para los grupos armados no estatales. El DIDH explícitamente rige la relación entre un Estado y los individuos que se encuentran en su territorio o que están sujetos a su jurisdicción, una relación *vertical*, por lo que cubre las obligaciones de los Estados respecto de los individuos en un amplio

espectro de comportamientos. Por el contrario, el DIH es vinculante para los Estados y los grupos armados organizados no estatales. (Cees y Bienert, 2017:102)

El DIH establece una igualdad de derechos y obligaciones entre el Estado y la parte no estatal para el beneficio de todos los que puedan verse afectados por su comportamiento. Otra diferencia es que las reglas del DIH no admiten derogaciones, los Estados, de conformidad con los términos explícitos de algunos tratados de derechos humanos, pueden derogar las obligaciones estipulados en ellos si se cumplen las condiciones requeridas.

Existen diferencias en la forma en que los dos cuerpos jurídicos regulan ciertas actividades. En especial, los regímenes que rigen la detención y el uso de la fuerza difieren en el DIH y el DIDH. En el DIH se consideran las particularidades de la guerra. Por ejemplo, el III y el IV Convenios de Ginebra estipulan regímenes especiales para prisioneros de guerra e internados civiles. En lo relativo al uso de la fuerza bajo el DIH, el uso de la fuerza es la norma y no la excepción durante las hostilidades, con arreglo a normas específicas de distinción, proporcionalidad y precaución; bajo el DIDH, en cambio, el uso de la fuerza letal solo corresponde a una medida de último recurso para los funcionarios responsables de hacer cumplir la ley.

A manera de conclusiones

El derecho internacional es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre diversos sujetos de derecho internacional, con la finalidad de estandarizar y armonizar la protección de seguridad social que brindan los Estados soberanos a sus ciudadanos e inmigrantes, para apoyar a la política de desarrollo internacional que se encuentra en constante cambio, por la influencia económica, las actividades de los organismos internacionales de seguridad social, y la voluntad política que influyen en la creación de las normas jurídicas como sustento al derecho internacional. El reconocimiento de los esfuerzos de cada uno de los instrumentos internacionales por ampliar la cobertura mundial, como la Declaración Universal de

Derechos Humanos, el PIDESC, los convenios de la OIT, entre otros más que tienden a reconocer los derechos el individuo como derechos humanos, con cobertura universal.

Por lo cual, los países están ajustando sus legislaciones internas para dar cumplimiento a los convenios y declaraciones internacionales, que buscan la cobertura universal y constituyen las fuentes formales del derecho internacional, para atender las directrices de los organismos económicos internacionales, que cuentan con influencia en la construcción o deconstrucción de los sistemas jurídicos, económicos y de seguridad social, porque deben tomar en cuenta los derechos humanos, como parte de las fuentes materiales del derecho internacional.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

-Ahlf Ortiz, Loretta. *Derecho Internacional Público*. Tercera edición. Ed. Oxford, México, 2014.

- Ahlf Ortiz, Loretta. *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Martín, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. Compiladores. Ed. Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, y Distribución Fontamara, México, 2004.

-Cees De Rover y Anja Bienert. *Servir y Proteger. Derecho de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario para las Fuerzas de Policía y de Seguridad*. 2ª edición. Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Ginebra, Suiza, 2017.

O' Donnel, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004.

-Peces-Barba Martínez, Gregorio y et. al. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

-Pérez Tremps Pablo, López Guerra Luis, Espín Eduardo, García Morillo Joaquín, Satrustegui Miguel, *Derecho Constitucional*, Volumen I, El Ordenamiento Constitucional, Derechos y Deberes de los Ciudadanos, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

-Valencia Villa, Alejandro. *Los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos*. En "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Martín,

Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. Compiladores. Ed. Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, *Washington College of Law, American University*, y Distribución Fontamara, México, 2004.

-Velázquez Velázquez, Santiago. *Los Derechos Humanos y los Tratados de Integración*. Revista Jurídica de derecho público, tomo I, "Los derechos humanos y los tratados de integración". Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009.

Páginas electrónicas

-Dondé Matute, Javier. (2009). *El derecho internacional y su relevancia en el sistema jurídico mexicano. Una perspectiva jurisprudencial*. Anuario mexicano de derecho internacional, 9, 191-217.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100007&lng=es&tlng=es. (21 de julio de 2019)

-Convención de Viena. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969,
https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf (01-07-2019)

-Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
<https://web.archive.org/web/20110629193835/http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (01-07-2019)

Fundamentos jurídicos

- Convención de La Haya para la resolución pacífica de diferencias internacionales (Convención H.I., aprobada en 1899, entró en vigor en 1900)
- Convención sobre derechos y deberes de los Estados (Convención de Montevideo, aprobada en 1933, entró en vigor en 1934)
- Carta de las Naciones Unidas (Carta de la ONU, aprobada en 1945, entró en vigor en 1945)
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto de la CIJ)
- Anexo a la Carta de la ONU (aprobado en 1945, entró en vigor en 1945)
- Convenios de Ginebra (aprobados en 1949, entraron en vigor en 1950)
- Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (aprobada en 1961, entró en vigor en 1964)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Convención de Viena, aprobada en 1969, entró en vigor en 1980)
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma, aprobado en 1998, entró en vigor en 2002)

Derecho no convencional

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, aprobada en 1948)
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (Proyecto de artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001)