



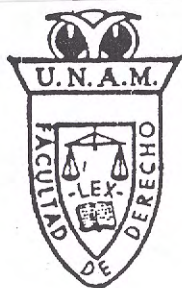
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

“LA JUSTIFICACIÓN DEL INDIVIDUO COMO SUJETO
DEL DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DE LAS
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
PAOLA RODRÍGUEZ ROMO



ASESOR DE TESIS:
MTRO. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN

MÉXICO, D.F., 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mi Universidad Nacional Autónoma de México.

A mi Facultad de Derecho.

A mi profesor, asesor y amigo Guillermo Enrique Estrada Adán, por sus consejos, su aporte cultural y por ayudarme a concluir este proyecto.

A Roberto Terrazas Salgado y Alejandro Madrazo Lajous por ser mis formadores fundamentales durante la carrera.

A mis amigos que durante la carrera y a pesar de las distancias han estado siempre a mi lado y seguirán estando en mi vida:

Ana María, César, Julio, Maribel, Selene.

Gonzalo, Marco, muchas gracias por todo.

A MI FAMILIA Y A TODAS LAS PERSONAS QUE ME HAN AYUDADO A SER LO QUE SOY.

GRACIAS.

DEDICATORIAS

A Gela y Manuel, por nunca dejarme sola, por amarme y ser los mejores amigos en mi vida.

Por ser mis padres.

A Roxana, por ser mi ejemplo a seguir, mi admiración, mi guía y por sus palabras fuertes pero siempre atinadas.

Por ser mi hermana.

A Emmanuel, por siempre enseñarme algo nuevo, y demostrarme que la edad no guarda relación con la madurez.

Por ser mi hermano.

Gracias por ser mi familia, porque a pesar de todo, la unidad es un privilegio del cual gozamos.

MEXICO, D.F., 2010

**“LA JUSTIFICACIÓN DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO
INTERNACIONAL A PARTIR DE LAS FUENTES DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO”**

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
1. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	
1.1 Una aproximación al Derecho Internacional desde la Teoría del Derecho.....	4
1.2 Concepto de fuentes del Derecho Internacional.....	8
1.3 Las Fuentes del Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	9
1.4 El problema de la jerarquía de las fuentes del derecho.....	11
1.5 Las fuentes emergentes en el Derecho Internacional: los actos unilaterales de los Estados y el <i>soft law</i>	14

2. EL INDIVIDUO Y LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

2.1 La subjetividad internacional del individuo.....	16
2.2 Distinción entre personalidad jurídica y capacidad jurídica.....	20
2.3 Personalidad jurídica activa.....	23
2.4 Personalidad jurídica pasiva.....	28

3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL INDIVIDUO

3.1 Los tratados internacionales y el individuo.....	31
3.2 El artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: la capacidad de los Estados para celebrar tratados.....	36
3.3 Los tratados internacionales y las organizaciones internacionales.....	40
3.3.1 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.....	43
3.4 Los tratados internacionales de derechos humanos. El problema de su clasificación: ¿Sólo los tratados con esa denominación protegen los derechos humanos?.....	46
3.5 Instrumentos internacionales que contienen una declaración de derechos.....	48

3.5.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.....	49
3.5.2 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.....	50
3.6 Tratados internacionales de derechos humanos que establecen mecanismos de protección del individuo.....	53
3.7 Tratados internacionales de derechos humanos que crean órganos jurisdiccionales internacionales como garantías del respeto de dichos derechos.....	56
3.7.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.....	57
3.7.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.....	60
3.7.3 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.....	63
3.7.4 Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.....	65

4. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

4.1 Definición de costumbre internacional.....	68
4.2 Elementos de la costumbre internacional.....	71
4.2.1 Elemento objetivo.....	72
4.2.2 Elemento subjetivo.....	73
4.3 La Comisión de Derecho Internacional y la formación de la costumbre.....	75

4.4 <i>Persistent objector</i>	77
4.5 <i>Soft Law</i> y la costumbre internacional.....	78
4.5.1 Las resoluciones de la Asamblea General.....	80
4.5.2 Las opiniones consultivas de los órganos jurisdiccionales internacionales.....	84
4.6 El individuo y la idea de sujeto en la <i>consuetudo</i> internacional.....	86
4.7 Los principios generales del Derecho Internacional.....	87

5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL COMO BASE DE JUSTIFICACIÓN DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

5.1 La importancia de los tribunales internacionales después de la Segunda Guerra Mundial.....	90
5.2 La jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	91
5.3 Los principales criterios de los tribunales penales internacionales en relación con la personalidad internacional pasiva del individuo.....	93
5.3.1 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	93
5.3.2 Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia.....	94
5.3.3 Tribunal Internacional para Ruanda.....	96
5.3.4 Corte Penal Internacional.....	97
5.4 Tribunales en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	100

5.4.1 Corte Europea de Derechos Humanos.....	101
5.4.1.1 Caso Konig vs. Alemania.....	101
5.4.1.2 Caso Dudgeon vs. Irlanda.....	103
5.4.1.3Caso Modinos vs. Chipre.....	104
5.4.1.4 Caso Loizidou vs. Turquía.....	104
5.4.1.5 Caso Leyla Sahin vs. Turquía.....	106
5.4.1.6 Caso Cruz Varas vs. Suecia.....	107
5.4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	108
5.4.2.1 Caso Loayza Tamayo vs. Perú.....	108
5.4.2.2 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.....	110
5.4.2.3 Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile.....	112
5.4.2.4 Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.....	112
5.4.2.5 Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.....	114
5.5 Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos.....	116
5.5.1 Algunas consideraciones sobre los grandes avances en la regulación de los derechos en la Carta.....	116
Conclusiones.....	119
Bibliografía.....	121

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Público ha experimentado en los últimos cincuenta años una profunda transformación que en gran medida se atribuye a sus nuevos protagonistas, quienes hoy en día aun juegan un papel importante en su evolución.

La existencia de nuevos sujetos del derecho internacional como el individuo, ha generado un amplio debate, que se inicia por dos posturas, la que niega que tiene subjetividad internacional y aquella que la acepta, bajo reservas o sin ellas. Lo cierto es que es un hecho en el Derecho Internacional Público que más que negarse nos ocupa.

Estos cambios deben conocerse por todos, porque nos afectan directamente, una vía para ello son las aulas de todas las universidades del mundo y de México, porque es precisamente en estos lugares en donde el debate de revive y los temas se mantienen vigentes, debido a su constante estudio y discusión.

Para que lo anterior sea posible, estos temas, en particular, la subjetividad internacional del individuo debiera estar contenido en los planes de estudio de estas instituciones; en la Facultad de Derecho de la UNAM aún no se contempla. La subjetividad internacional del individuo no se halla prevista dentro de los tópicos objeto de estudio de la asignatura Derecho Internacional Público.

La presente investigación se presenta como una propuesta de cómo podría abordarse el estudio de la subjetividad internacional del individuo en la

Facultad de Derecho, que parte de argumentos que tienen su fundamento en el propio Derecho Internacional y no en el Derecho Interno, al no ser iguales y no funcionar en el mismo sentido.

Las mismas fuentes del Derecho Internacional que dan origen a este sistema jurídico son una opción para abordar la subjetividad internacional del individuo.

Con base en lo anterior la presente investigación se desarrollará de la siguiente forma:

Primer Capítulo. En este primer apartado se expresan los argumentos que justifican por qué las fuentes del derecho internacional pueden ser una de las vías para estudiar la subjetividad internacional del individuo.

Segundo Capítulo. Se reflexiona lo que la doctrina ha desarrollado en torno a la subjetividad internacional del individuo, a partir de los principales teóricos del Derecho Internacional.

Tercer Capítulo. Se analizan los principales instrumentos internacionales que ya reconocen la subjetividad internacional del individuo, sea como sujeto de derechos o de obligaciones de carácter internacional.

Cuarto Capítulo. Se estudia la costumbre internacional como una de las principales fuentes del derecho internacional que proporciona elementos que permiten argumentar que el individuo es un sujeto del Derecho Internacional, a partir de normas no escritas.

Quinto Capítulo. Se presentan algunos de los criterios emitido por los principales órganos jurisdiccionales internacionales, derivados de peticiones planteadas por el mismo individuo, que se pronuncian en torno a los derechos que les son reconocidos y de las obligaciones internacionales que deben de cumplir.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1.1 Una aproximación al Derecho Internacional desde la Teoría del Derecho

Según Kelsen un orden jurídico es un sistema dinámico de normas que se relacionan entre sí, cuyo fundamento de validez reside en una norma fundamental.¹

El derecho internacional es un sistema jurídico, en tanto que se integra por un conjunto de normas jurídicas, que se aplican y se interpretan en el contexto otras normas de carácter internacional. Esta relación entre normas internacionales permite la existencia de normas de rango superior o inferior, más generales o específicas, que atiende a su construcción, de ahí que en el derecho internacional también sea posible hablar de la existencia de una norma fundamental.²

La norma *pacta sunt servanda* gobierna las relaciones de los actores del derecho internacional, se confía en la buena fe de sus actores tanto para asumir compromisos como para cumplirlos. Es en atención a esta norma que este orden jurídico funciona, por lo que su eficacia depende en gran medida de la voluntad de aquellos sujetos que lo integran.

¹KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 1° ed., Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., México, 2008, p. 135.

²COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, TEXTOS E INSTRUMENTOS, *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, aprobados en su segunda sesión, 31 de diciembre de 1950, <http://www.un.org/law/ilc/>.

Afirma Cassese³ que el derecho internacional es un sistema legal realista, ya que las normas que lo integran son producto de la transformación de las relaciones que se gestan entre los sujetos del derecho internacional. Es decir, el derecho internacional se fundamenta en el principio de efectividad, lo que implica que sólo aquello aplicable en la vida real, útil, puede ser configurado como una norma internacional.

Efectivamente, como lo dice Diez de Velasco⁴, el principio rector en el derecho internacional, el elemento de existencia, es el consenso de los sujetos que lo conforman, su voluntad crea y determina los alcances de este orden jurídico.

Fueron los Estados quienes en un inicio mediante consenso decidieron someter determinados actos – cuyos efectos trascendían su derecho interno – a un régimen nuevo el cual permitiera el desarrollo nuevas relaciones entre ellos. El consenso se constituye así en la regla para la generación de nuevos actos y la aceptación de nuevos sujetos del derecho internacional.

La mayor parte de las normas del derecho internacional han sido establecidas como consecuencia de prácticas reiteradas de los Estados, las cuales llegaron a configurarse en normas consuetudinarias. El mismo origen del derecho internacional se da a partir normas consuetudinarias, algunas de ellas transformadas – en el transcurso de los años - en normas escritas, como parte del proceso de codificación del derecho internacional.

³ CASSESE, Antonio, *International Law*, second edition, Oxford University Press, New York, 2005, p.9.

⁴ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, S.N.E., Tecnos, Madrid, 2003, p. 248.

El derecho internacional surge a la par que la concepción misma de los Estados –de origen europeo-, de ahí que las primeras normas de este orden tuvieran como fin regular la actuación de los principales actores del derecho internacional: Los Estados. Hoy en día esa finalidad más que cambiar se ha fortalecido mediante el establecimiento de nuevas restricciones a su actuación, como el respeto de los derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones de carácter comercial.

El derecho internacional es un orden jurídico que regula las relaciones de los Estados, ya que si bien otros sujetos que lo integran han permitido la creación de nuevas normas internacionales que han hecho de éste un nuevo derecho internacional, la actuación de los Estados es aún determinante en su evolución.

Este orden, convienen los internacionalistas, se caracteriza por ser heterogéneo, en cuanto a los sujetos que lo integran, y descentralizado, por lo que respecta a las funciones fundamentales de todo ordenamiento, es decir, la ausencia de las instituciones clásicas de cualquier ordenamiento jurídico – un poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial -.

La aplicación de las normas internacionales es también una tarea encomendada directamente a sus creadores – los Estados- así como a los beneficiarios o principales responsables de observar su cumplimiento –los individuos-. Su inobservancia podrá ser conocida por los órganos jurisdiccionales internacionales cuyo funcionamiento también se haya supeditado al consentimiento de algunos sujetos internacionales.

A la fecha no existe un órgano jurisdiccional internacional con jurisdicción universal, es decir, que pueda conocer de todas las controversias internacionales sin que medie consentimiento.

Por estas consideraciones, el derecho internacional “debe ser estudiado en el contexto precisamente del derecho internacional y no a partir de la teoría del derecho predominante en el ámbito interno de los Estados”⁵, hacer lo contrario nos llevaría a las discusiones que continúan sobre el derecho internacional, las cuales niegan su existencia por carecer de un órgano facultado para imponer sanciones y la falta de cumplimiento de sus normas. Al menos en este punto, el derecho interno y el derecho internacional resuelven sus problemas por líneas teóricas distintas.

Sostiene Herdegen “que las controversias acerca del carácter legal del derecho internacional son, sin embargo, desde hace algún tiempo, cosa del pasado”⁶, porque la sanción es sólo un elemento del derecho, del orden jurídico, en este caso, internacional, pero no constituye todo el derecho. Es necesaria su existencia porque de ella y su verdadera aplicación, depende que el orden internacional sea eficaz o no, y que se justifique su existencia.

La eficacia es un problema latente también en el derecho interno sin embargo ésta es más notoria en el ámbito internacional por que involucra a toda la comunidad internacional.

⁵ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 249.

⁶ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, 1° ed., UNAM - Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, p. 9.

Los cambios producidos en el derecho internacional son producto de la evolución a la que está sujeto. Éste se conforma en gran parte por entes, por ficciones jurídicas, las cuales actúan en atención a las necesidades del elemento vivo que las conforman, las personas, y eso es precisamente lo que los hace tan cambiantes, la comunidad internacional sujeta a las necesidades del individuo, debe cambiar, por ello, su conformación original no puede ni debe entenderse actualmente como la misma.

El derecho internacional, por tanto, es un orden jurídico con características propias, que responden a la necesidades de la comunidad internacional, la cual determina su sentido y alcances.

1.2 Concepto de fuentes del Derecho Internacional

De acuerdo con Max Sorensen, el término fuente del derecho internacional alude al origen mismo de este ordenamiento jurídico⁷, a aquellos actos jurídicos de creación del derecho internacional y que actualmente contribuyen a su integración.

Las fuentes del derecho internacional son “procedimientos o medios a través de los que el Derecho Internacional nace, se modifica o extingue”⁸.

Dichos actos son de muy diversa naturaleza, ya que responden a diferentes condiciones para su conformación, sin embargo, la mayor parte de ellas

⁷ VIRALLY, Michel, *Fuentes del Derecho Internacional*, en SORENSEN, Max (compilador), *Manual de Derecho Internacional Público*, S.N.E., Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 181.

⁸ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 95.

tienen como elemento en común que los sujetos que las crean son los mismos, es decir, los Estados son aún los principales responsables de esta tarea, lo cual no significa que sean los únicos, ya que la labor que han realizado y aun realizan las organizaciones internacionales cobra bastante relevancia en la formación de las fuentes del derecho internacional.

1.3 Las Fuentes del Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia -en lo sucesivo *El Estatuto*- es la referencia en cuanto a la determinación de las fuentes del derecho internacional⁹; sin embargo es un enlistado sólo enunciativo y no definitivo, ya que como se verá más adelante es posible hablar de otros actos que han llegado a constituirse en fuentes del derecho internacional, los cuales no se hayan comprendidos en el artículo 38.

Las fuentes del derecho internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto, son las siguientes:

“... ”

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

⁹ Cfr. HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 113; SORENSEN, Max, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 185; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 480.

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 reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”

Los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones de los principales órganos jurisdiccionales de carácter internacional y la doctrina, son las fuentes del derecho internacional que se encuentran establecidas en la disposición en comento.

Al respecto, algunos de los autores internacionalistas, tales como Sorensen, Díez de Velasco, Herdegen, convienen en que no todos los actos enumerados en el artículo 38 son fuentes del derecho internacional, de acuerdo con la definición anteriormente establecida, como lo es el caso de las decisiones de los tribunales internacionales y la doctrina.

Herdegen las clasifica en fuentes de creación propiamente del derecho internacional - tales como los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho- y fuentes secundarias o auxiliares cuyo empleo se enfoca directamente en la interpretación de las primeras para su aplicación. De acuerdo con Sorensen, las fuentes secundarias ayudan a determinar la existencia de una fuente del derecho internacional.

Para el objeto de esta investigación: la justificación del individuo como sujeto del derecho internacional, serán consideradas todas las fuentes que

enumera el artículo 38 del Estatuto y aquellas no enunciadas en la disposición pero que han surgido de una práctica reiterada de los sujetos del derecho internacional, ya que cada una de ellas han aportado elementos suficientes que fortalecerán la argumentación en este sentido.

1.4 El problema de la jerarquía de fuentes del Derecho Internacional

Lo primero que debe mencionarse al respecto es que el orden en que el artículo 38 del Estatuto enumera las fuentes del derecho internacional no es determinante para la aplicación de éstas, es decir, dicha disposición no está redactada de tal forma que se pueda establecer una jerarquía de las fuentes del derecho internacional.

Por tanto, el problema se presenta cuando a partir de la anterior consideración, debe resolverse lo siguiente: ¿Existe una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional? Si es afirmativa la respuesta, ¿existe una regla general para resolver el problema de la jerarquía cuando deba aplicarse más de una fuente en un determinado caso? o ¿si dicho problema se resuelve en atención al caso en concreto?

Diez de Velasco¹⁰ afirma que existen fuentes del derecho internacional que durante los últimos años han adquirido mayor relevancia, como es el caso de los tratados internacionales¹¹. Efectivamente los tratados internacionales son

¹⁰ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 80.

¹¹ Actualmente la Organización de Naciones Unidas tiene registrados alrededor de 500 tratados multilaterales depositados en la Secretaría General de Naciones Unidas. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, en COLECCIÓN DE TRATADOS DE NACIONES UNIDAS, *Tratados Multilaterales depositados con el Secretario General*, 2010, http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/MTDSG/page1_en.xml.

la más clara expresión de la voluntad de los Estados además de ser la fuente directamente aplicable en el caso de existir alguna controversia entre ellos, por su especificidad, sin embargo, no es determinante.

No debe perderse de vista que la costumbre internacional es aún una fuente muy importante en el derecho internacional, fue a partir de ella que este orden jurídico nace y es aún la norma imperante en diversos ámbitos del derecho internacional, como lo es el derecho internacional humanitario y las relaciones comerciales entre los Estados, independientemente de la labor que el proceso de codificación ha jugado en la cristalización de una gran parte de dichas normas.

Debido a esta falta de institucionalización en la creación y aplicación de las normas de carácter internacional, es posible decir que no hay un criterio único que pueda considerarse para establecer una jerarquía de las fuentes del derecho internacional. Efectivamente puede darse el caso de que ciertas fuentes proliferen más que otras y que prevalezcan como es el caso de los tratados internacionales, porque determinen en un momento posterior el curso de las relaciones entre los Estados.

Halajczuk y Moya¹² argumentan que los tratados internacionales son superiores jerárquicamente, al ser estos la ley especial entre los sujetos del derecho internacional –Estados y organizaciones internacionales- y en la continuación de esta primacía, quien ocuparía el segundo sitio sería la

¹² T. HALAJCZUK, Bohdan y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, 3º ed., Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1999, p. 181.

costumbre por ser más general y en última instancia, los principios generales de derecho.

Sin embargo, también refieren que esta primacía podría invertirse en el caso de que se necesitara interpretar el tratado internacional mediante la aplicación de la costumbre, por lo que sería ésta y no el primero quien al final prevalecería. Por lo que, la primacía de las fuentes del derecho internacional podría variar según se atiende a su creación o aplicación.

Si el criterio aplicable es el primero, los tratados internacionales serían jerárquicamente superiores a todas las demás fuentes, por ser ésta la fuente que más se produce en el ámbito internacional. Aunque muchas normas consuetudinarias son el fundamento de los tratados.

Si es la aplicación el criterio que debe prevalecer, habrá que atender al caso concreto a fin de determinar cuál es la fuente jerárquicamente superior.

Halajczuk y Moya establecen que la norma máxima, “la constitución internacional”¹³, lo es el principio de *pacta sunt servanda* –los pactos deben cumplirse- por lo que en atención a este principio deberá de actuarse en el ámbito internacional, de ahí que la fuente que contribuya en mayor medida a la realización de dicho fin en el caso concreto será la que deba prevalecer.

En conclusión, no podemos admitir que exista una jerarquía de las fuentes del derecho internacional, ya que todas ellas son importantes en su conformación e integración. Si las partes en una controversia no se ponen

¹³ T. HALAJCZUK, Bohdan y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, *Idem*.

de acuerdo respecto de la norma aplicable, será el juez quien determine la jerarquía, aunque sólo aplique al caso en concreto.

Por lo que respecta al individuo cada una de las fuentes ha contribuido en gran medida a justificar su intervención en el derecho internacional público por lo que más que jerarquizarlas habrán de valorarse en lo particular para entender como a partir de cada una de ellas el individuo actúa en el ámbito internacional.

1.5 Las fuentes emergentes en el Derecho Internacional: los actos unilaterales de los Estados y el *soft law*

Como lo afirmamos anteriormente existen determinados actos que por la relevancia que han adquirido han llegado a considerarse como fuentes del derecho internacional distintas de las enunciadas en el artículo 38 del Estatuto. Los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de ciertas organizaciones internacionales, denominadas *soft law*, son ejemplo de dichos actos.

Los actos unilaterales del Estado pueden crear, modificar o derogar ciertas normas de carácter internacional, por lo que sus efectos trascienden la esfera jurídica de los estados al transformar el derecho internacional.¹⁴

Los actos unilaterales son manifestaciones del consentimiento de los Estados, cuyo fin puede ser el obligarse al cumplimiento de determinados actos, de adquirir determinados derechos para sí o para terceros Estados; la

¹⁴ Ver el caso Ensayos Nucleares (CIJ, Australia and New Zelanda vs. Francia, Fallo de 20 de diciembre de 1974), en el cual, la Corte Internacional de Justicia valora las declaraciones realizadas por Francia a fin de determinar si éstas pueden vincularlo internacionalmente.

renuncia a ciertos derechos obtenidos; la denuncia de un tratado internacional lo que significa dejar de ser parte del mismo o bien, reservar la aplicación de ciertas disposiciones de un tratado, por no poder o querer cumplirlas.

Estos actos al modificar la situación de cada Estado en particular, modifican por ende también el tipo de relaciones vigentes en el derecho internacional, por tanto su existencia reviste importancia en la integración de este orden.

Sólo una condición es necesaria para la validez de estos actos, que sea la voluntad del Estado producir efectos jurídicos en el ámbito internacional mediante su realización.

La única limitante para su realización es que no vayan en contra de las normas de carácter internacional, es decir, deben respetar los principios fundamentales que integran este orden, con el fin de mantener la armonía en sus relaciones con los demás sujetos.

Ciertas resoluciones de las organizaciones internacionales que han adquirido relevancia, han llegado a ser consideradas como fuente del derecho internacional. Su estudio se realizará más adelante.

Autores como Sorensen, Diez de Velasco y Castañeda consideran que ciertas resoluciones de la Asamblea General, pueden llegar a constituir fuentes del derecho internacional, las que si bien en un principio no son vinculantes podrían llegar a serlo si son adoptadas con tal carácter por los sujetos a quienes van dirigidas, al ajustar su actuación a ellas.

2. EL INDIVIDUO Y LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Damos inicio al estudio de la subjetividad internacional del individuo a partir de la doctrina que se ha formado al respecto. Como se mencionó en su momento, si bien la doctrina se haya enumerada dentro de las fuentes del derecho internacional que contempla el artículo 38 del Estatuto, no es considerada propiamente una fuente sino un medio auxiliar de interpretación del ordenamiento internacional a fin de determinar la existencia de una fuente de este derecho.

A pesar de este hecho, de no ser una fuente con sus implicaciones, a partir de la doctrina pueden plantearse y replantearse temas como el de la subjetividad internacional del individuo y hallar posibles soluciones al respecto. Nos permite poner sobre la mesa lo dicho por los diferentes publicistas y llegar a una conclusión certera, al tener como sustento años de estudio y análisis sobre el tópico. La doctrina nos permitirá entender cuál es el verdadero problema en torno a la subjetividad internacional del individuo y su posible solución y, con ello un mejor entendimiento del tema.

2.1 La subjetividad internacional del individuo

Los Estados dieron origen al derecho internacional público, a su actuación conjunta debemos la mayor parte de los principios y normas que lo conforman, vigentes la mayor parte de ellas hoy en día. Por ser ellos los

únicos sujetos partícipes de este orden homogéneo¹⁵, era difícil pensar en la existencia de otros sujetos capaces de actuar con fundamento en normas de carácter internacional. Sin embargo, era lógico pensar que tarde o temprano como todo ámbito del derecho, tendiente a evolucionar, el derecho internacional no podría ser la excepción.

Una nueva forma de concebir al derecho internacional se hizo presente, cuando nuevos sujetos se presentan en este ámbito y actúan con fundamento en normas internacionales, lo que implicó la creación de nuevas normas y el establecimiento de nuevos principios todos ellos de carácter internacional.

Como afirma Díez de Velasco: “el Derecho Internacional general no impone limitaciones a la capacidad de obrar de los sujetos. Lo que sí impone es limitaciones a la libertad de obrar, dirigidas a respetar la existencia y la libertad de los demás sujetos”.¹⁶

Ser sujeto del derecho internacional, como lo afirma la teoría del derecho, significa ser titular de derechos y obligaciones de carácter internacional. En el caso de los Estados, su capacidad para obrar en el ámbito internacional es plena.

El tipo y el alcance de derechos y deberes de los Estados varía en atención a sus intereses, determinantes en sus relaciones con otros sujetos del

¹⁵ GOLDSMITH, Jack L., and A. POSNER, Eric, *The limits of International Law*, S.N.E., Oxford, University Press, U.S.A., 2005, p. 80.

¹⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 203.

derecho internacional, con la única limitante de que su actuar se ajuste a las normas de carácter internacional, entre ellas las normas de *ius cogens*, incluso en contra de su voluntad, sobre todo para aquellos que no participaron en su configuración.

En el caso del individuo, el tipo y alcance de los derechos y deberes internacionales que puede tener, es una situación que no depende de él, sino del mismo Estado, ya que es él hasta ahora el principal sujeto que puede celebrar tratados internacionales en los cuales se reconozca la subjetividad internacional del individuo - derechos y/o de deberes-; por tanto, el individuo carece de la capacidad necesaria para determinar el alcance de su actuación en el ámbito internacional, lo que no significa que exista impedimento alguno para que pueda ser sujeto de este orden jurídico.

Grotio, uno de los fundadores del derecho internacional, cuya obra, la mayor parte de ella vigente hoy en día, en *de iure belli ac pacis* afirmaba que: “el individuo es el último destinatario de todo orden jurídico, en un doble sentido: primero en el de que las obligaciones del derecho internacional se dirigen al individuo en última instancia, y en segundo, en el que el desarrollo, bienestar y dignidad de la persona humana son asunto de interés directo para el derecho internacional.”¹⁷

Con este razonamiento coincidió también Kelsen, quien afirmaba que no obstante que al Estado le sea reconocida personalidad jurídica, los individuos también podrían ser sujetos de derechos, obligaciones y deberes

¹⁷ Citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, S.N.E., UNAM-IIJ, México, 1989, p.163.

de carácter internacional¹⁸. Decía que el Estado es una ficción jurídica, un instrumento creado por el ser humano y del cual se vale para realizar ciertos actos en nombre de todos los individuos que lo conforman.

Entender esta idea permite decir que el Estado es el “representante” del individuo en el ámbito internacional y que por tanto, toda su actuación deberá ser siempre en su beneficio, como en el caso de la celebración de acuerdos internacionales donde se reconozca su subjetividad internacional.

Si bien Kelsen vio la subjetividad del individuo desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, por ser el primer ámbito donde surgió la necesidad de un reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional, ello en nada impide decir que desde él y mucho tiempo atrás, con Grotio, el ser humano siempre tuvo reconocido un papel en el ámbito internacional, quizá como un objeto más de protección del derecho internacional, pero cuya participación nunca estuvo descartada.

“*El Estado es una abstracción*”¹⁹ y el individuo un ser reconocido por las normas internacionales, son verdades aceptadas por la doctrina internacionalista.

Hay quien afirma que esta idea del individuo como último destinatario de las normas de carácter internacional y único actor del derecho internacional no

¹⁸ KELSEN, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, S.N.E., El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 140.

¹⁹ GOLDSMICH, Jack L., and A. POSNER, Eric, *The limits of International Law*, *Op. Cit.*, p. 90.

puede subsistir porque las instituciones, la normatividad y todo elemento que integra el orden internacional estarían sujetos al capricho de los individuos.²⁰

Esto no es así, como dice James Crawford, el Estado es sólo una *form of standing*²¹, una forma de actuar en el ámbito jurídico internacional, con características propias, afines a todos los Estados -poder, pueblo y un territorio- y que como ésta, existen otras formas bajo las cuales se puede actuar en el derecho internacional, roles que asumir totalmente diversos, pero cuya realización estará siempre a cargo del individuo, al ser éste el elemento vivo de la ficción jurídica de que se trate.

De ahí que, sea necesario diferenciar cuándo el individuo actúa en el ámbito internacional a título particular y cuándo como parte de una ficción jurídica.

Esto no quiere decir que el interés predominante sea el del individuo, sino que, como se mencionó anteriormente, el Estado debe actuar siempre en beneficio de quienes lo integran, pensar lo contrario, sería tanto como decir que el Estado carece de fines y por tanto que su existencia carece de una razón de ser.

Parece entonces que el problema de la subjetividad internacional del individuo no radica en si puede participar o no en este ámbito jurídico, sino en cómo puede hacerlo, es decir, los alcances de su subjetividad.

2.2 Distinción entre personalidad jurídica y capacidad jurídica

²⁰ Cfr. MALANCZUK, Peter, *A modern introduction to International Law*, 7° ed., Routledge, London, 1997, p. 180.

²¹ CRAWFORD, James, *The creation of states in International Law*, 2° ed., Oxford University, Oxford, 2006, p.44.

Diez de Velasco establece que “no basta ser beneficiario de un derecho o afectado por una obligación, sino que se requiere una actitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de la obligación”.²²

Por su parte, Sorensen afirma que “el hecho de que el beneficiario sea incapaz de realizar gestiones independientes, en su propio nombre, para hacerlos valer coactivamente, no significa que *él no sea sujeto de derecho, o que los derechos en cuestión estén conferidos exclusivamente a la agencia que tiene la capacidad de hacerlos valer...*

...Pero ahora sólo ‘en términos generales’ es cierto afirmar que los individuos carecen de capacidad procesal para presentar reclamaciones ante los tribunales internacionales y que únicamente los Estados a los cuales pertenecen como nacionales pueden sostener tales reclamaciones”.²³

Como puede apreciarse entre estas dos opiniones destacan dos conceptos que deben tratarse, por un lado la capacidad procesal del individuo para actuar en el ámbito internacional y por parte, su personalidad jurídica internacional, esto es, la titularidad de derechos y obligaciones de carácter internacional.

Para ser sujeto de derechos y deberes –personalidad jurídica- sólo es necesario que exista un instrumento jurídico, en este caso, de derecho internacional, que otorgue derechos, lo que se conoce como personalidad

²² DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 248.

²³ SORENSEN, Max (compilador), *Manual de Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 90.

jurídica activa o bien exista una imputación directa al individuo como el principal responsable de la comisión de delitos de carácter internacional, es decir, personalidad jurídica pasiva.

Tener capacidad procesal significa la aptitud para ejercer en un momento determinado los derechos reconocidos, hacerlos valer ante instancias internacionales.

Como vemos, la personalidad y capacidad jurídica son conceptos independientes entre sí, uno puede subsistir sin el otro, es decir, se puede ser titular de derechos y obligaciones pero carecer de la capacidad procesal necesaria para ejercerlos o que en un momento determinado sean ejercidos sobre la persona, como en el caso de la responsabilidad penal. Sin embargo, es difícil pensar que alguien pueda tener capacidad procesal sin ser previamente titular de derechos y obligaciones.

Por tanto, la titularidad de derechos no puede depender para su reconocimiento, de que el sujeto tenga o no capacidad procesal internacional, finalmente si este es el caso, el derecho internacional deberá ser criticado por su ineficacia, pero en nada debe afectar la subjetividad internacional del individuo.

Una vez aclarado lo anterior, lo que corresponde es ubicar los fundamentos jurídico - internacionales que justifiquen la titularidad de derechos y obligaciones del individuo, independientemente de que su capacidad procesal en el ámbito internacional, sea limitada o no exista.

César Sepúlveda explica que el derecho internacional ha dejado de existir sólo para satisfacer los intereses político - económicos de los Estados para ocuparse de los intereses de otros sujetos como son los individuos, a los cuales denomina los “*sujetos del moderno derecho internacional*” (*cursivas propias*).²⁴ Sin embargo esta subjetividad reviste determinadas características que es preciso señalar.

2.3 Personalidad jurídica activa

En el caso del individuo, como se verá, existen una variada cantidad de instrumentos de carácter internacional que le reconocen derechos de muy diversa índole.

Sin embargo y visto lo que ha de entenderse por subjetividad internacional, lo anterior no resulta suficiente para decir que el individuo es un sujeto del derecho internacional, es necesario de acuerdo con Peter Malanczuk²⁵ diferenciar entre los instrumentos que contemplan al individuo como objeto de protección pero que la responsabilidad y por tanto, la exigencia de cumplirlos recae en el Estado del cual es nacional, mediante instancias nacionales, por ejemplo a través de una protección diplomática²⁶; de aquellos otros instrumentos cuyo destinatario lo es el individuo, no supeditado a un Estado, cuya violación de sus derechos puede ser objeto de

²⁴ SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, 26° ed., Porrúa, México, 2009, p.97.

²⁵ Cfr. MALANKZUC, Peter, *A modern introduction to International Law*, Op. Cit., p.101.

²⁶ Cfr. TORROJA MATEU, Helena, *El Derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Bosh, España, 2007, p. 50.

reclamo ante órganos jurisdiccionales internacionales previo reconocimiento de la legitimación del individuo para tal fin.

Quien realiza todo un estudio por demás interesante de la subjetividad internacional del individuo es Diez de Velasco,²⁷ quien primero identifica cinco posturas al respecto:

- 1) La postura tradicional positivista, la postura clásica que sólo admite como sujeto del derecho Internacional al Estado.
- 2) La postura en la cual la excepción es la atribución de determinados derechos y obligaciones al individuo, la regla es que sólo el Estado puede gozar de dicha legitimidad.
- 3) La postura de la escuela sociológica francesa la cual establece que el único destinatario de las normas internacionales es el individuo.
- 4) Aquella que niega la subjetividad al individuo.
- 5) La que admite una cierta personalidad del individuo pero sometida a fuertes restricciones. Esta postura, manifiesta Diez de Velasco, es la que ha adquirido fuerza y la que puede explicar de mejor forma la situación del individuo frente al derecho internacional.

El autor también refiere que la concepción del individuo en el ámbito internacional es diferente antes y después del establecimiento de la Organización de Naciones Unidas, ya que a partir de su creación, surgieron una serie de instrumentos internacionales en los cuales se reconoce de

²⁷ Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 303.

manera más clara derechos inherentes a todos los individuos, tales como la prohibición de la esclavitud y del genocidio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 son otro ejemplo del reconocimiento directo de derechos y deberes al individuo, instrumentos que en los siguientes capítulos se analizarán más a detalle.

Como se ha dicho no basta que un instrumento internacional reconozca al individuo como el destinatario de sus normas, para poder decir que tiene capacidad procesal internacional, es necesario que a la par de esos derechos se establezcan los medios a través de los cuales el individuo pueda hacer exigible su cumplimiento ante tribunales internacionales.

Al respecto, Díez de Velasco hace mención de algunos tribunales internacionales que han reconocido la capacidad procesal al individuo para poder actuar ante ellos y de aquellos otros organismos internacionales de carácter no judicial que han creado instancias en las cuales el individuo puede actuar:

- Artículo 4 de la Convención XII de la Haya de 1907 la cual facultaba al particular neutral o beligerante para instar al Tribunal de Presas; sin embargo dicho tratado no entró en vigor por falta de ratificaciones.
- Convención de Washington de 1907 la cual estableció el Tribunal de Justicia Centroamericano, que preveía la posibilidad de que particulares instaran la actuación de dicho órgano. De los cuatro

casos que conoció el Tribunal todos fueron desestimados por falta de agotamiento de los recursos internos.

- Tratados de Paz firmados al término de la Primera Guerra Mundial, como el Tratado de Versalles que en sus artículos 304 y ss. disponían la creación de tribunales arbitrales mixtos para particulares y Estados ex enemigos.
- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – actualmente Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸- que prevé el recurso procesal que tiene el particular para obtener la anulación de las decisiones y otros actos que violen sus derechos contenidos principalmente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²⁹

Además de estos tribunales que podríamos concebir como antecedentes importantes que dan cuenta de la actuación que ha tenido el individuo con personalidad activa en el derecho internacional, hoy existen tres tribunales internacionales de carácter regional operantes en los tres sistemas hasta ahora constituidos: el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano, todos para la protección de los derechos humanos

²⁸ Ésta modificación está contenida en el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009, y que además del cambio de denominación del Tribunal de Justicia prevé otras modificaciones en relación con su integración.

²⁹ Como el derecho a la vida, protección de la salud, igualdad jurídica, derecho de asilo, seguridad social y ayuda social, entre otros, documento que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa adquiere carácter vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Sólo en el sistema europeo el individuo actúa con capacidad procesal plena o lo que es lo mismo pleno *ius standi*, sólo en este existe “una verdadera configuración de un poder procesal de los individuos para poner en marcha la actuación del órgano jurisdiccional”³⁰

En el sistema interamericano no se vislumbran avances en torno a la subjetividad del individuo³¹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actúa aún como filtro de la petición del particular ante la Corte por lo que en estos momentos no es posible decir que el individuo tenga una participación plena ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hay por tanto un gran trabajo pendiente a fin de desarrollar el *ius standi* del individuo dentro de este sistema.

Por su parte, el sistema africano no obstante su reciente creación, ha sido descrito como novedoso en cuanto a la forma de regular los derechos reconocidos a los individuos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³², al establecer además de los derechos sociales y políticos, los de carácter social al igual que ciertos valores culturales afines a la población africana. Es un sistema cuya funcionalidad está pendiente, por lo que aun falta tiempo para analizar su eficacia.

³⁰ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 304.

³¹Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DOCUMENTOS BÁSICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión en su 137º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, entró en vigor el 31 de diciembre de 2009, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos10.htm>.

³² SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, Volumen VIII, ISSN 1870 – 4654.

Como se ha visto en la doctrina abunda la información sobre el individuo, específicamente en lo que respecta a la subjetividad de éste en el ámbito internacional. Artículos, libros, investigaciones, una considerable cantidad de textos jurídicos constatan lo que hoy en día es un hecho, que el individuo posee personalidad jurídica internacional, con restricciones, aún bastantes limitantes a su libertad de actuar pero que con el tiempo mismo habrán de flexibilizarse a fin de que su actuación contribuya día a día a la integración del derecho internacional.³³

2.4 Personalidad jurídica pasiva

Cuando se habló del tema de la subjetividad internacional del individuo, como Grotio y Kelsen lo hicieron, sólo se contempló al individuo como un sujeto de deberes del derecho internacional, esto es, como sujeto susceptible de ser imputable por la comisión de una conducta tipificada por normas internacionales como delito, por lo que fue este tipo de subjetividad el que llegó a aceptarse por la mayoría de los internacionalistas como la única reconocible al individuo como sujeto del Derecho Internacional.

³³ Cfr. PÉREZ LEÓN, Juan Pablo, *El individuo como sujeto del derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, Volumen VIII, ISSN 1870 – 4654; ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, *El individuo como “persona jurídica” en el Derecho Internacional Público*, en SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.), *Ciencia jurídica y constitución*, México, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, 1998, pp. 335-348; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 1° ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, pp. 455.

Si bien los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg³⁴, fue el primer documento de carácter internacional donde se reconoce al individuo como el único responsable por la comisión de los delitos más atroces contra la comunidad internacional, antes de éste también puede citarse el Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919.

En dicho documento, concretamente en los artículos 228 y 229 se estableció la posibilidad de que las potencias vencedoras pudieran enjuiciar y castigar a los individuos responsables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Sin embargo, la creación de un tribunal competente para conocer de estas causas no llegó a concretarse, por lo que sólo queda como un antecedente del tema en comento.

La Asamblea General de Naciones Unidas a través de la resolución 95(I) del 11 de diciembre de 1946 confirma los principios antes enunciados e instituyó al Comité de Codificación del Derecho Internacional a fin de que realizara los actos tendentes a la formulación, en una “codificación general”, de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Trabajo que habría de prolongarse más de un siglo hasta el establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El Derecho Internacional Humanitario también ha jugado un papel muy importante en cuanto al desarrollo de la responsabilidad penal del individuo, trabajo que llega a concretarse con el establecimiento de las cuatro

³⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, Op. Cit.

Convenciones de Ginebra de 1949, las cuales fueron redactados a petición del Comité Internacional de la Cruz Roja³⁵, ante los hechos tan atroces registrados después de la Segunda Guerra Mundial.

Con el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg, la Ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, se confirma el hecho de que el individuo tiene reconocida personalidad jurídica internacional pasiva o lo que es lo mismo, responsabilidad penal internacional. La Corte Penal Internacional representa el último esfuerzo en este sentido, al continuar la labor de evitar que los delitos internacionales queden impunes y que los responsables de los mismos sean sancionados por normas del derecho internacional.

³⁵ Cfr. GREPPI, Edoardo, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 835, 1999, pp. 531 – 554, <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html>.

3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL INDIVIDUO

3.1 Los Tratados Internacionales y el Individuo

Afirma Remiro Brotons que desde que existen comunidades políticas que están dispuestas a relacionarse ordenadamente³⁶ han existido los tratados, sin embargo, también señala que es preciso determinar la naturaleza de los mismos ya que no todo tratado celebrado entre comunidades es propiamente un tratado internacional, en atención a las normas internacionales que los rigen.

El artículo 38, inciso a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente:

“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 establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

...”

Señalan Halajczuk y Moya que el derecho internacional –que integran los tratados internacionales- “es la fuente más importante, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo”.³⁷

³⁶ REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público (Derecho de los Tratados)*, Tomo II, Tecnos, Madrid, S.N.E., 1987, p. 28.

³⁷ HALAJCZUK T. Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 69.

Efectivamente, los tratados internacionales son la fuente de mayor aplicación por la comunidad internacional, gran parte de ellos, son el resultado del proceso de codificación del derecho consuetudinario internacional, sin olvidar otros de la misma naturaleza que se celebran con el fin de ampliar las relaciones de los sujetos parte de ellos, son la *lex specialis*³⁸ en relación con la costumbre internacional y los principios generales del derecho, sin embargo, esto no es determinante.

El artículo 38 del Estatuto clasifica a las convenciones internacionales en generales y particulares, criterio que afirma Diez de Velasco, atiende al número de Estados que pueden llegar a ser miembros de dichos instrumentos: “tratados generales son aquellos que por su naturaleza tienen vocación a la universalidad, y los restringidos, que son los que también por su naturaleza, deben limitarse a un número determinado de Estados.”³⁹

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 -*en lo sucesivo Convención de Viena*- es el instrumento internacional que norma todo el proceso de elaboración y adopción de un tratado internacional. Es la norma internacional fundamental aplicable precisamente en la celebración de los tratados internacionales.

En dicho instrumento se precisa qué debe entenderse por un tratado:

“...

³⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, TEXTOS, INSTRUMENTOS Y REPORTE FINALES, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, 2006, <http://www.un.org/law/ilc/>.

³⁹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 105.

2. Términos empleados. 1. 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;

..."

Esta misma definición se establece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1986⁴⁰, sólo que en ella se contempla a las organizaciones internacionales como sujetos con capacidad para celebrar tratados.

Esta definición se analizará con más detalle en el siguiente apartado. Vale decir por el momento que en este instrumento se precisa que un tratado internacional puede ser celebrado por los Estados, y en su caso, por las organizaciones internacionales, por tanto, sólo estos dos sujetos pueden hacerlo, en ellos recae la tarea de codificar el derecho internacional. Son ellos quienes deciden el curso de este orden jurídico, al menos desde el punto de vista del pacto, en tanto acuerdo de voluntades.

El sentido y alcance de las disposiciones que integran un tratado internacional son convenidas por los sujetos capaces, sus intereses,

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales*, Viena, Austria, 1982, aun no ha sido ratificado por México.

estrategias, en concreto sus voluntades han de determinar el grado de evolución del derecho internacional.

El individuo hoy en día no puede celebrar tratados internacionales en razón de que no tiene reconocida -en ningún instrumento internacional, léase tratado- esta capacidad.

Si bien las organizaciones internacionales se integran por Estados, “quienes las crean y deciden su desaparición”⁴¹ y determinan sus fines, su actuación debe atender precisamente a dichos fines y no a los intereses de los Estados, por lo que la tarea del reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional público también queda depositada en las organizaciones como sujetos capaces para convenirlo, cuando éste sea uno de los propósitos que fundamenten su existencia.

La evolución del contenido de los tratados en los cuales se ha dado al individuo un lugar en el ámbito internacional ha sido notoria. La mención del individuo en tratados internacionales tiene, como se ha visto, sus antecedentes en el Tratado de Versalles y los tratados constitutivos de la Sociedad de Naciones y de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sin embargo, en ellos no se hace un reconocimiento expreso de la subjetividad internacional del individuo.

Por ejemplo, en el caso de la Organización Internacional del Trabajo, establece mecanismos que buscan la protección de los individuos en su conjunto, bajo la categoría de trabajadores. Sin embargo, ante esta

⁴¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit. p. 315.

organización el individuo no actúa directamente sino mediante representación.

Desde la creación estos instrumentos a la entrada en vigor de la Carta de San Francisco⁴² ha habido una evolución. Se aprecia la existencia de disposiciones que de manera expresa reconocen la necesidad de protección de los derechos humanos pertenecientes a todas las personas, por el simple hecho de serlo.

En estos cambios han contribuido en gran medida los tratados internacionales, como fuente del derecho internacional, mediante el reconocimiento convencional del individuo como sujeto del derecho internacional, con la atribución de derechos y deberes y, en algunos casos, la legitimación activa para hacerlos exigibles, hecho que permite afirmar que las personas hoy en día ya son sujetos del derecho internacional.

La evolución de la subjetividad internacional de los individuos es una cuestión que con el tiempo habrá de arrojar nuevos cambios, lo mismo puede decirse en relación con su capacidad procesal *-ius standi-* ante instancias internacionales, que le permita hacer más efectivos los derechos contenidos en los tratados internacionales.

Todo depende de la voluntad de los sujetos capaces de acelerar este proceso de evolución, no sólo para celebrar tratados internacionales sino

⁴² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945, D.O. 17 de octubre de 1945, ORDEN JURÍDICO, en *Tratados Vigentes celebrados* por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

para cumplirlos. Más que la creación de nuevos instrumentos internacionales, el compromiso pendiente con la comunidad internacional y en concreto con la subjetividad internacional del individuo es el cumplimiento de los ya existentes, para lo cual se requiere que sean ratificados por el mayor número de Estados y se acepte la competencia de los tribunales internacionales para que puedan conocer de los casos que surjan en torno a dichos tratados.

3.2 El artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: la capacidad de los Estados para celebrar tratados.

El artículo 2 de la Convención de Viena establece el sentido atribuido a los términos que se emplean en todo el instrumento, sentido al cual deberán apegarse todos los Estados parte de ella.

Específicamente el inciso a) del artículo en comento establece lo que debe entenderse por tratado, término fundamental de la Convención de Viena, ya que, como se ha dicho, es en razón de la celebración de tratados que se crea este instrumento.

“...

2. Términos empleados. 1. 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;...”

El artículo 2, inciso a), dispone que un tratado es un acuerdo internacional *celebrado* por escrito entre *Estados* y regido por el derecho internacional. Precisamente la parte que se resalta es la que importa para efectos del tema a tratar: la capacidad de los Estados para celebrar tratados internacionales.

Para Remiro Brotons un tratado “es una manifestación por escrito de las voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional de las que derivan obligaciones y derechos para las partes según las reglas del Derecho Internacional”.⁴³

Los tratados internacionales son una manifestación de voluntad de los sujetos que tienen la capacidad para celebrarlos mediante la cual aceptan en obligarse en el sentido que disponga el documento y adquirir los derechos provenientes del mismo.

La Convención de Viena no se detiene a establecer que sujetos de derecho internacional tienen capacidad para celebrar tratados internacionales, presupone esta cuestión al atribuir capacidad a los Estados para celebrarlos.

Lo anterior tiene su origen en el momento en el cual fue celebrada la Convención de Viena, cuando imperaba la concepción clásica del derecho internacional en relación con los sujetos parte de él: los Estados como los únicos actores de este ámbito jurídico, no obstante la ya notable actuación de las organizaciones internacionales.

⁴³ REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público (Derecho de los Tratados)*, *Op. Cit.*, p.29.

Los Estados son los únicos sujetos del derecho internacional que poseen una capacidad plena para decidir el tipo de obligaciones internacionales que asumirán, es decir, el tipo y cantidad de tratados internacionales que han de celebrar.

La disposición en comento señala que los tratados deben de celebrarse por escrito y *con apego a las normas internacionales*, por tanto, es claro que el Estado debe adecuar su conducta en todo momento al derecho internacional, por lo que si bien tiene capacidad plena para celebrar tratados, esto es, sin estar constreñida a determinadas materias, están obligados a actuar conforme a este orden jurídico, ya que de lo contrario el tratado celebrado podría, de origen o durante el inicio de su vigencia configurar una causal de nulidad.

La situación de las organizaciones internacionales y su capacidad para celebrar tratados es diferente en relación con los Estados. Su capacidad no es plena, se haya limitada a lo que expresamente disponga el tratado que las creó, de ahí que su conducta, por principio, se halle constreñida a lo que disponga el instrumento, aunque vale decir, que la actuación de ciertas organizaciones internacionales podría relativizar este principio.⁴⁴

⁴⁴ Ver CASTAÑEDA, Jorge, *Obras Completas (Naciones Unidas)*, 1° ed., Colegio de México, México, 1995, p. 271 y ss. Señala el autor que a partir de la actuación de los principales órganos de Naciones Unidas se ha desarrollado toda una teoría que habla de las facultades implícitas de esta organización, consistente en que su actuación puede ir más allá de lo que disponga el tratado constitutivo que la creó.

En cuanto a los individuos, como se ha dicho, carecen de capacidad para celebrar tratados internacionales, de ahí que su presencia internacional esté supeditada a la voluntad de los sujetos que sí pueden celebrarlos.

Es a través de los tratados internacionales que los Estados y en su caso, las organizaciones internacionales adquieren compromisos con la comunidad internacional, se trate de un tratado bilateral o multilateral, el punto es que se actúa con fundamento en normas internacionales y por tanto, los efectos de dicha actuación son de carácter internacional.

El resto de las disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Convención de Viena precisan la forma mediante la cual los Estados deben manifestar su voluntad para convenir internacionalmente. El artículo señala que los Estados deberán hacerlo por escrito, ya que la Convención de Viena reconoce la existencia de tratados celebrados verbalmente, a los cuales, sin embargo, no le son aplicables sus disposiciones:

“Artículo 3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención **no se aplique** ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, **ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito**, no afectara:

...” (Resaltado propio)

El artículo 2 también se refiere a las personas que en un momento determinado pueden representar al Estado en la celebración de un tratado internacional o en su adhesión al mismo.

Un último aspecto que es conveniente mencionar es lo relativo a la denominación del tratado internacional. La Convención de Viena no presta mucha importancia a la denominación que se emplee para identificar al tratado internacional, porque lo verdaderamente fundamental es su contenido. Este es un punto que deberá tenerse presente cuando se aborden los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, en los que más que la denominación, lo jurídicamente importante es su contenido.

3.3 Los Tratados internacionales y las organizaciones internacionales.

El derecho internacional clásico se caracterizaba por regir relaciones de tipo horizontales, fundamentalmente de coordinación, “destinado únicamente a lograr la subsistencia de las relaciones entre un pequeño número de Estados”.⁴⁵

El surgimiento de nuevos sujetos de derecho internacional, como el caso de las organizaciones internacionales generó un cambio en la forma de entender y aplicar este orden jurídico.

La creación de una organización de carácter internacional por medio de un tratado internacional determina la relación de coexistencia entre una fuente y un sujeto del derecho internacional. Sin un tratado que constituya una organización ésta no puede existir, ya que es el primero el que determina su naturaleza jurídica y las facultades reconocidas para actuar en el plano internacional.

⁴⁵ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 10° ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 30.

Señala Diez de Velasco que las organizaciones internacionales son “sujetos derivados”⁴⁶, un mecanismo implementado *por los Estados* que contribuye a intensificar sus relaciones y generar una mejor cooperación en el ámbito internacional, “un mecanismo de concertación, punto de encuentro de los diversos Estados integrantes de la comunidad internacional.”⁴⁷

El antecedente más remoto de las organizaciones internacionales lo constituyeron las conferencias internacionales cuya realización comienza a incrementarse a principios del siglo XIX, sin embargo, su existencia de forma esporádica y no permanente urgió la necesidad de crear “estructuras internacionales permanentes”⁴⁸.

El primer intento de institucionalización de las organizaciones internacionales lo constituyen las *comisiones fluviales* -como la Comisión Central del Rin, creada por el Tratado de Maguncia de 1831 y la Comisión Europea del Danubio, creada por el Tratado de París de 1856-. Por otro lado destacan también las “Uniones Administrativas internacionales”⁴⁹, como la Unión Telegráfica Internacional de 1865; la Unión Postal Universal de 1874 y; La Oficina Central de Transportes Internacionales por Ferrocarril de 1890, sólo por citar algunos ejemplos.

⁴⁶ Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 324.

⁴⁷Cfr. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Organizaciones Internacionales, Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁸ *Idem*

⁴⁹ *Idem*

De lo anterior se deriva que son dos los elementos necesarios para hablar de la existencia de una organización internacional: la institucionalización y la permanencia.

Sin embargo, existen organizaciones internacionales con mayor trascendencia en la comunidad internacional, por los fines que orientan su actuación como es el caso de la Organización de Naciones Unidas.

Los tratados internacionales son la herramienta necesaria para la creación de las organizaciones internacionales, así lo demuestran todas las anteriormente citadas, por tanto, se reafirma la importancia que representa esta fuente internacional en la conformación y evolución del derecho internacional, ya que su existencia ha *contribuido* en la incorporación de nuevos sujetos a este ámbito jurídico.

Sin embargo, no podemos decir lo mismo por lo que respecta al proceso de codificación de las reglas generales aplicables a las organizaciones internacionales. En este caso, el derecho consuetudinario ha superado por mucho a los tratados internacionales.

La codificación es “la conversión sistemática de normas consuetudinarias en convencionales”.⁵⁰ La actuación de las organizaciones internacionales se determina en mayor medida por la práctica diaria, que en ocasiones superan lo establecido en su tratado constitutivo. La práctica seguida por estos sujetos, considerada como derecho, ha sido su principal directriz para su funcionamiento.

⁵⁰ HALAJZUCK T. Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 70.

Por tanto, es entendible que los tratados internacionales –derecho convencional- sean el principal fundamento de actuación de las organizaciones internacionales, sin embargo, considerarlo como regla absoluta implicaría ignorar que su actuación, basada en normas consuetudinarias, puede en un momento determinado superar lo dispuesto por su tratado constitutivo.

3.3.1 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

Uno de las razones por las cuales es importante la aparición de las organizaciones en el ámbito internacional es “que han favorecido la incorporación de nuevos actores en la escena internacional, como los individuos, a los que les reconoce ciertos derechos y la posibilidad de hacerlos jurídicamente valer...”

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 -*en lo sucesivo Convención de Viena de 1986*- fue aprobada y abierta a la firma o ratificación y adhesión el 21 de marzo de 1986, sin embargo, aún no entra en vigor.

Como su nombre lo dice, este instrumento fue creado con la finalidad de establecer las normas mínimas aplicables a todos los tratados que crean organizaciones internacionales y a los tratados que pueden celebrar éstas.

Sin embargo, puede afirmarse que la actuación de las organizaciones internacionales supera las disposiciones contenidas en dicho instrumento.⁵¹

Como se vio en el apartado anterior, desde la aparición de las primeras organizaciones internacionales hasta la aprobación de la Convención de Viena de 1986, trascurrieron aproximadamente dos siglos, sin que ello significara una merma en la actuación de las organizaciones internacionales hasta antes de dicho instrumento y sin cambios significativos una vez que fue aprobado.⁵² La regla primigenia de actuación de las organizaciones internacionales es el instrumento que las constituyó a la par que su actuar diario, que constituye también una importante regla de operación.

Es posible asegurar que el verdadero cambio en cuanto al espectro de facultades y alcances de las organizaciones internacionales lo constituye el surgimiento de un mayor número de ellas, el número de Estados que las integran, sus fines, pero fundamentalmente sus órganos y las facultades que les han sido conferidas.

Las características antes señaladas hacen de cada organización única en su especie, de ahí que sea muy difícil lograr una codificación de las reglas aplicables a las organizaciones internacionales en lo general.

La Convención de Viena de 1986 aún no entra en vigor, por lo que es difícil pronunciarse sobre su eficacia, sin embargo, lo que sí refleja este hecho es

⁵¹ Cfr. PONS RAFOLS, Xavier, *Codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a las Organizaciones Internacionales*, S.N.E., José Marúa Bosh Editor, S.A., Barcelona, 1995, p. 151.

⁵² *Idem*

la poca importancia que han dado los Estados a este instrumento, al no ratificarla.

Este instrumento es diferente a la Convención de Viena de 1969, fundamentalmente en dos aspectos: la capacidad de las organizaciones internacionales y la situación de los Estados miembros respecto de los acuerdos tomados por éstas⁵³, fuera de estos casos, las figuras jurídicas contenidas en ambos instrumentos son las mismas. Vale decir que el significado de organización internacional, no es superable por este instrumento respecto de los anteriores intentos por definirlo.

La Convención de Viena de 1986 más que cristalizar o constituir una norma consuetudinaria respecto de las organizaciones internacionales confirma la existencia de las mismas.⁵⁴ “Es la expresión escrita de una norma consuetudinaria”⁵⁵. Este instrumento elimina cualquier duda sobre la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales.

⁵³ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 324.

⁵⁴ HALAJZUCK T. Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 43.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 73

3.4 Los tratados internacionales de derechos humanos. El problema de su clasificación: ¿sólo los tratados con esa denominación protegen los derechos humanos?

De acuerdo con Estrada Adán⁵⁶ existen tratados internacionales que si bien su finalidad no es garantizar la protección de los derechos humanos contienen entre sus disposiciones una referencia directa a la protección de los derechos humanos, a fin de que el cumplimiento del tratado pueda ser más efectivo.

Este tema se relaciona con lo anteriormente comentado en relación con la denominación de los tratados internacionales. Es precisamente en este punto donde cobra importancia analizar el contenido del tratado internacional más que su denominación

Resulta ciertamente difícil pensar que los tratados en materia económica puedan contener disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos sobre todo en un área como ésta en la que predominan situaciones como la desigualdad entre los sujetos participantes y la hegemonía de los Estados desarrollados respecto de aquellos en vías de desarrollo.

Sin embargo, la protección de los derechos humanos no debe verse desvinculado de dicha materia, todo lo contrario, ante situaciones de desigualdad, cobra gran importancia, ya que puede resultar de gran

⁵⁶ ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, *Ubicación jerárquica de los tratados internacionales de integración en el Sistema Jurídico Mexicano*, en REYES DÍAS, Carlos Humberto (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, México, 2008, pp. 85-108.

provecho para sus principales actores el que un Estado sea democrático y garante de los derechos de toda persona, refleja bienestar en las relaciones económicas, lo que los vuelve más competitivos y atractivos para la inversión y el turismo.

El ejemplo que señala el autor en cita es el Tratado de Libre Comercio que celebró México con la Unión Europea. Dicho instrumento adquiere importancia en relación con la protección de los derechos humanos “por la referencia clara que contiene en la ‘cláusula democrática’, exigida por sus miembros a aquellos Estados que desean ingresar a la misma Unión y a sus socios comerciales.”

La cláusula democrática exige a todos los Estados garantizar que en su territorio se respeten los derechos fundamentales. Así lo establece el artículo 1° de dicho instrumento, el cual indica que el respeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos es el elemento esencial del presente Acuerdo.

De hecho el instrumento no se limita a realizar una referencia expresa a los derechos humanos y la necesidad de su protección, sino que menciona ciertas acciones que se pueden adoptar para hacer efectivas estas disposiciones. El artículo 19 del Tratado señala que el fortalecimiento de las instituciones y el Estado de Derecho, la promoción de los derechos humanos y, la elaboración de proyectos conjuntos en relación con los derechos humanos, son sólo ejemplo de las acciones que pueden emprender los Estados partes para garantizar el respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, la crítica a este tipo de instrumentos es que sólo realizan una referencia a los derechos humanos en general, sin entrar a detalle en cuanto a su enumeración o el establecimiento de mecanismos para su protección. Contienen sólo la expresión del deber de proteger los derechos humanos.

México ha celebrado doce Tratados de Libre Comercio⁵⁷, en los cuales se establecen disposiciones como la anteriormente citada, en relación con la protección de los derechos humanos, sin disponer algo más al respecto.

Es importante que en materia económica se atiendan cuestiones como la protección de los derechos humanos, como se comenta, ello genera seguridad, permite crecimiento económico y el aumento de la inversión, que finalmente repercuten en la estabilidad de un Estado.

3.5 Instrumentos internacionales que contienen una declaración de derechos

Existen un conjunto de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos creados en el marco de la Organización de Naciones Unidas, los cuales reconocen la subjetividad internacional del individuo.

Los instrumentos internacionales que a continuación se mencionan se caracterizan por ser como su denominación lo dice sólo una declaración de de derechos así como deberes directamente atribuidos al individuo, los cuales no son vinculantes para los Estados, en el sentido de que si bien están abiertos a su firma y ratificación no establecen mecanismos que

⁵⁷ SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SICE), ACUERDOS COMERCIALES, *Acuerdos de Libre Comercio México*, 2010, http://www.sice.oas.org/ctyindex/MEX/MEXagreements_s.asp.

monitoreen su cumplimiento y que en un momento puedan responsabilizar al Estado por su inobservancia.

Así fueron concebidos y adoptados por la comunidad internacional, sin embargo, una vez que son ratificados forman parte del ordenamiento interno del Estado, lo cual lo obliga a realizar todos los esfuerzos necesarios para que sus disposiciones se cumplan, ya que si bien son sólo una declaración de derechos y en su caso deberes, son finalmente compromisos internacionales asumidos y como tales deben de observarse.

3.5.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre *-en lo sucesivo Declaración Americana-* fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, el 2 de mayo de 1948, juntamente con la Carta que crea la Organización de Estados Americanos.

Este instrumento internacional es de vital importancia por su contenido, ya que fue el primer documento en su tipo que no sólo confirió un conjunto de derechos humanos a toda persona sino también un conjunto de deberes.

Si bien su carácter regional limita su ámbito espacial de validez a los países miembros del continente americano ello en nada demerita su importancia.

Se asumió como un reconocimiento de los derechos y deberes de toda persona más que como una fuente de obligaciones para los Estados parte, cuyo incumplimiento pudiera depararles una responsabilidad internacional, así lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su

opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989⁵⁸, sin embargo, debe verse como un instrumento que establece una orientación a los Estados en cuanto a la protección de los derechos humanos y como un elemento fundamental en la argumentación para la defensa de dichos derechos.

En el preámbulo de la Declaración se resalta la coexistencia entre derechos y obligaciones que tiene el individuo, por lo que en su contenido se hace mención del conjunto de derechos de todos los individuos –como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la reputación personal, la libertad personal– así como los deberes que deben cumplir, como el deber de sufragio, de instrucción o deberes ante la sociedad. Característica fundamental e innovadora de este instrumento respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

3.5.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Como se ha mencionado, la necesidad de una mayor protección de los derechos humanos, como consecuencia de los hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial -el horror, el impacto y el rechazo unánime de las violaciones que de forma continuada se presentaron durante esa época- trajeron consigo la adopción de medidas que logran garantizar el respeto de los derechos humanos.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

La gran trascendencia que tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹ -en lo sucesivo *Declaración Universal*-, en buena medida puede ser atribuida al hecho de que fue uno de los primeros instrumentos de carácter internacional que consagraron derechos reconocidos directamente a toda persona. Dan testimonio del hecho de que la cuestión de la protección de los derechos humanos ha dejado de ser “sólo” una cuestión de orden interno para constituirse en un aspecto fundamental del orden internacional que debe protegerse.

De ahí que la obligación de respetar los derechos humanos represente un compromiso adquirido por y con la comunidad internacional, esto es, obligaciones *erga omnes*, que debieran derivar en el diseño de mecanismos de carácter internacional que velen por su respeto.

En cuanto a los aspectos que valen la pena destacar en relación con el proceso de elaboración de la Declaración Universal, el fundamental fue el carácter no vinculatorio para los Estados.⁶⁰

Como lo establece Felipe Gómez⁶¹, los Estados partícipes en su elaboración optaron por crear un documento lo menos vinculante posible, de ahí que, desde sus inicios, el sentir de los Estados fuera no comprometerse plenamente al respeto de los derechos humanos.

⁵⁹ La Declaración Universal fue elaborada por la Comisión de Derechos Humanos (creada en el año de 1946 como un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas). Su aprobación fue el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁰ ORAA ORAA, Jaime, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario*, S.N.E., Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 21.

⁶¹ *Ibidem*, p.36.

Lo anterior habría de reflejarse en el número de Estados que votaron a favor de su adopción: votación unánime de Estados pertenecientes a sistemas jurídicos totalmente diferentes y por ende concepciones distintas sobre los derechos humanos prevalecientes en aquel tiempo.⁶²

René Cassin⁶³ clasifica los derechos contenidos en la Declaración Universal en la siguiente forma: un primer apartado que integra los derechos y libertades de orden personal; el segundo apartado contiene los derechos del individuo en atención al grupo del cual forma parte; el tercero por los derechos políticos y; cuarto, derechos económicos, sociales y culturales. Los artículos 28 a 30 de la Declaración, regulan los vínculos que existen entre el individuo y la sociedad de la que forma parte.

La Declaración Universal no sólo reconoce a los Estados como los posibles transgresores de los derechos y libertades establecidos, sino que también reconoce que el individuo puede violar los derechos humanos.

El ámbito de aplicación de la Declaración Universal es más amplio que el de la Declaración Americana ya que puede ser adoptada por todos los Estados de la comunidad internacional que así lo quieran sin limitación a un continente en particular.

Como hemos visto, estas dos declaraciones constituyen las primeras en su tipo. Si bien, no son vinculantes para los Estados parte, ni establecen

⁶² ORAA ORAA, Jaime, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario*, *Ibidem*, p.37.

⁶³ *Ibidem*, p. 55.

mecanismos para hacerlos efectivos, su creación contribuye en la argumentación del individuo como sujeto del derecho internacional.

3.6 Tratados internacionales de derechos humanos que establecen mecanismos de protección del individuo

Existen un conjunto de tratados internacionales creados para la protección de diversos derechos humanos, los cuales no sólo contienen una mención de los derechos sino también establecen mecanismos que tienen como principal función vigilar que los Estados parte de cada uno de dichos instrumentos cumplan sus disposiciones.

Estos mecanismos son denominados comités, los cuales tienen competencia para conocer de las denuncias entre Estados y de aquellas que presenten los individuos en contra de los Estados, por la posible violación de los derechos contenidos en cada uno de los instrumentos que a continuación se mencionan.

Son en total ocho instrumentos internacionales que contienen una disposición donde expresamente se crea un comité con el objeto de conocer de las denuncias que puedan hacerse valer por la posible violación al tratado en cuestión.

Los instrumentos en mención son los siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁴

⁶⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, D.O. 09 de enero de 1981, ORDEN

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶⁵
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.⁶⁶
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.⁶⁷
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁶⁸
- Convención sobre los Derechos del Niño.⁶⁹

JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, D.O. 09 de enero de 1981, ORDEN JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁶⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, Nueva York, 21 de diciembre de 1965, D.O. 27 de mayo de 1974, ORDEN JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁶⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, D.O. 09 de enero de 1981, ORDEN JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención contra la tortura, y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes*, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, D.O. 17 de enero de 1986, ORDEN JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁶⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los derechos del niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, D.O. 31 de julio de 1990, ORDEN JURÍDICO, en Tratados Vigentes celebrados por México, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.⁷⁰
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.⁷¹

Salvo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el resto de los tratados internacionales legitiman al individuo para que pueda presentar una denuncia contra el Estado por la posible violación de los derechos contenidos en el instrumento en cuestión.

Carrillo⁷² establece cuales son los problemas que estos comités enfrentan en su funcionamiento:

- Su competencia es facultativa, es decir, requieren la aceptación expresa del Estado para que el comité pueda conocer de las posibles violaciones planteadas por el individuo.
- Son órganos subsidiarios de las autoridades internas de cada Estado, por lo que se entiende que la obligación de proteger los derechos humanos es primeramente de los Estados.

70 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, D.O. 10 de febrero de 1999, ORDEN JURÍDICO, en *Tratados Vigentes celebrados por México*, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

71 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, D.O. 24 de octubre de 2007, ORDEN JURÍDICO, en *Tratados Vigentes celebrados por México*, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

72 VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 1º ed., Trotta, Madrid, 2002, pp. 455 y ss.

- Son procedimientos *cuasicontenciosos*, porque si bien emiten observaciones finales sobre si hubo o no una violación a los derechos humanos, no son vinculantes para los Estados, en el sentido que los obligue a su cumplimiento, de ahí que no pueda hablarse de un reconocimiento del *ius standi* del individuo.
- La finalidad de los procedimientos es *post facto*, una vez cometida la violación, no preventiva ni reparadora.

La eficacia de estos mecanismos dependerá en absoluto de la voluntad de los Estados para cumplir sus compromisos asumidos, de lo contrario los esfuerzos que realicen los comités para garantizar el respeto de los derechos serán sólo esos esfuerzos que no lleguen a consolidarse en verdaderos garantes de la protección internacional de los derechos de toda persona.

3.7 Tratados Internacionales de derechos humanos que crean órganos jurisdiccionales internacionales como garantías del respeto de dichos derechos

Carrillo refiere que los siguientes son procedimientos jurisdiccionales, porque como se verá, los órganos constituidos por ciertos tratados internacionales pueden iniciar un proceso contra el Estado por la posible violación de los derechos reconocidos internacionalmente a toda persona, facultados para emitir sentencias las cuales son obligatorias para todos aquellos Estados que previamente han reconocido su competencia.

3.7.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –*en lo sucesivo Convenio Europeo*- fue aprobado por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el 25 de agosto de 1950 y el Comité de Ministros de Europa lo abrió a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa del 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, cuando se depositó el décimo instrumento de ratificación.

El Convenio Europeo se integra por once protocolos adicionales, seis de ellos, los número 1,4,6 y 7, de carácter normativo, es decir, introducen nuevos derechos y libertades⁷³; en tanto que los siete protocolos restantes, 2,3,5,8,9,10 y 11 establecen modificaciones de carácter procesal o de organización.⁷⁴

A partir del 1º de noviembre de 1998 -fecha en que entró en vigor el Protocolo numero 11- la constitución del sistema europeo de protección de los derechos humanos presentó un cambio trascendental por lo que respecta a los órganos que habrían de integrarlo: un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

⁷³ QUESADA POLO, Santiago, *La presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Material de Trabajo del I Máster sobre protección internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España, 2004-2005.

⁷⁴ *Idem*

Lo realmente relevante del Protocolo número 11 fue el reconocimiento de la capacidad procesal del individuo –*ius standi*– para presentar ante el tribunal europeo una demanda contra el Estado por la posible violación de los derechos contenidos en el Convenio Europeo y sus Protocolos.

Para los efectos del examen de la demanda el Tribunal sesionaba mediante Comités de tres miembros, en salas integradas por siete jueces y una Gran Sala compuesta de 17 jueces, según lo disponía el artículo 27 del Convenio.

La Gran Sala se pronunciaba sobre las demandas individuales o estatales que le eran presentadas por las Salas o por un colegio de cinco jueces a petición de las partes después de una deliberación de la Sala.

Con estos cambios introducidos al Convenio Europeo, los individuos tienen pleno *ius standi*, un auténtico derecho de petición ante el tribunal, ya que pueden acudir directamente a la Corte. Ya Cançado Trindade afirmaba que el derecho de petición individual existente en el sistema europeo goza de una *autonomía*⁷⁵, en razón de que cualquier obstáculo interpuesto por el Estado al derecho de petición del individuo le constituiría una violación *adicional* del Convenio, paralela a las violaciones presentadas por el individuo a la Corte.

Sin embargo, con el fin garantizar la eficacia del sistema europeo, además de reforzar el carácter judicial del mismo, se han planteado una serie de

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2° ed., Jurídica de Chile, Chile, 2006, p. 346.

reformas a este sistema, contenidas todas ellas en el Protocolo número 14, el cual entrará en vigor el próximo 6 de junio del año 2010⁷⁶.

Entre los cambios importantes que contempla este instrumento internacional está el dar mayor celeridad al proceso de ejecución de sentencias, para lo cual, se delimitan las facultades del Comité de Ministros, para que deje de ser un órgano *cuasi judicial* y se concentre únicamente en observar el cumplimiento de las sentencias, al tener la facultad de iniciar procedimientos de infracción ante la Corte contra los Estados que se nieguen a dar cumplimiento a dichas sentencias.⁷⁷

Otro de los cambios necesarios para evitar un rezago en cuanto al número de casos que se presentan ante la Corte es el establecimiento de nuevos criterios de admisibilidad cuyo establecimiento persigue que sólo los casos relevantes en la aplicación e interpretación del Convenio sean objeto de su estudio.⁷⁸

Así mismo se amplía el período de duración de los jueces con el fin de evitar de forma paulatina la salida de una gran mayoría, lo que permitirá que estén presentes el mayor número de jueces para dar trámite a cada una de las demandas presentadas hasta que se pronuncie sentencia.

⁷⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Basic Texts, Protocol No. 14, *Signatures and ratifications*, Status as of 2010, <http://www.echr.coe.int>.

⁷⁷ Cfr. Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention.

⁷⁸ *Idem*

Todos estos cambios han sido adoptados con el fin de que el sistema europeo se mantenga como el sistema regional de protección de los derechos humanos más eficaz hasta el momento, evitar un rezago en cuanto a los juicios iniciados y resueltos y que la Corte sólo se pronuncie sobre aquellos que sean de gran trascendencia para el sistema. Así como reforzar el carácter de órgano subsidiario de la Corte, respecto de la obligación primaria que tienen los Estados de garantizar a las personas el goce de los derechos internacionalmente reconocidos.

3.7.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁹, “Pacto de San José” –*en lo sucesivo Pacto*–, fue adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando fue depositado el undécimo instrumento de ratificación por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

Actualmente son 25 los estados miembros del Pacto, Trinidad y Tobago lo denunció el 26 de mayo de 1998.⁸⁰

Con el fin de garantizar el respeto de los derechos contenidos en la Convención fueron creados dos órganos: la Comisión Interamericana de

⁷⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, D.O. 09 de enero de 1981, ORDEN JURÍDICO, en *Tratados Vigentes celebrados por México*, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/cd_tratados.php.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Información Histórica, <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>.

Derechos Humanos *-en lo sucesivo la Comisión-* y la Corte Interamericana de Derechos Humanos *-en lo sucesivo La Corte-*.

La Corte es el órgano jurisdiccional del sistema interamericano, cuyo fundamento se haya establecido en el artículo 33, inciso b, del Pacto. Este órgano es competente para conocer de *cualquier caso relativo a la aplicación o interpretación de la Convención Americana*, de conformidad con el artículo 62.3, siempre y cuando los Estados hayan aceptado previamente su competencia. .

La Corte tiene dos tipos de competencia, una contenciosa o la otra consultiva. Para efectos de la presente investigación, nos centraremos en la competencia contenciosa.

De acuerdo con el artículo 61 del Pacto, *sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.*

El individuo no tiene reconocida capacidad procesal *-ius standi-* para demandar al Estado directamente ante la Corte por la posible violación de sus derechos consagrados en el Pacto, ya que esta atribución queda a cargo de la Comisión Interamericana.

En términos del artículo 44 del Pacto, el individuo sólo puede hacer valer una violación a la Convención Americana en su perjuicio, ante la Comisión Interamericana:

Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización,

puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Es precisamente la Comisión quien se encargará una vez que tenga conocimiento de dicha denuncia, de recabar informes del Estado parte así como del demandante, con la finalidad de estudiar el caso y en su momento intentar resolverlo mediante un procedimiento amistoso. De no darse tal solución, podrá plantear el caso a la Corte o bien realizar un informe y presentarlo al Estado parte interesado.

De ahí que la facultad de la Comisión de presentar el caso a la Corte sea discrecional, en el sentido de que dependerá de ella decidir qué casos, deben ser presentados ante el órgano jurisdiccional. El individuo no tiene *ius standi* frente a la Corte, reconocida capacidad procesal para iniciar un proceso ante ella.

El 10 de diciembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer su nuevo Reglamento, el cual entró en vigor el pasado 1° de enero de 2010 así como del nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁸¹ Según la exposición de motivos del Nuevo Reglamento de la Corte, la *principal reforma introducida es sobre el papel de la Comisión Interamericana ante ella*⁸².

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DOCUMENTOS BÁSICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 28 de noviembre de 2009, <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>.

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DOCUMENTOS BÁSICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, *Op. Cit.*

Para lograr ese fin se reconoce una mayor participación a los representantes de la o las víctimas y del Estado, y se delimitan las funciones de la Comisión a fin de que actúe más como órgano del sistema interamericano que como parte en el proceso ante la Corte.

Otro cambio producto de las reformas es el relativo a la excusa del juez para conocer del juicio, cuando sea nacional del Estado parte en un litigio ante la Corte. En relación con los jueces *ad hoc*, estos sólo podrán nombrarse por los Estados en el caso de las comunicaciones interestatales.

No obstante las reformas en comento, su finalidad no es el reconocimiento del *ius standi* del individuo, para que sea éste y no la Comisión, quien pueda presentar su denuncia contra el Estado ante la Corte.

3.7.3 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

El 27 de junio de 1981 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la anterior Organización de la Unidad Africana, hoy mejor conocida como Unión Africana, adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos - *en adelante La Carta Africana*- en Nairobi, Kenya.

Es en atención a este instrumento internacional que el Sistema Africano de Derecho Humanos ha sido descrito como innovador en comparación con los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Entre las características que más destacan de la Carta Africana, señala Yuria Saavedra⁸³, la necesidad de reafirmar y preservar el baluarte cultural

⁸³ SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos*, Op. Cit.

africano que conforma el continente, la protección de los derechos colectivos así como un mejor desarrollo del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se integran en un solo documento con los derechos civiles y políticos.

Reconoce a los individuos también como los sujetos pasivos en un litigio ante la Corte Africana por la violación de los derechos contenidos en la Carta Africana. Esto se conoce como el efecto horizontal de las obligaciones.

No sólo establece un catalogo de derechos sino también un conjunto de deberes, en el sentido de que a todo derecho corresponde un deber.

La Carta Africana establece los dos principales órganos que integran el sistema africano: La Comisión Africana de Derechos Humanos –*Comisión*- y la Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos – *La Corte*-.

La Comisión es el principal órgano de promoción y protección de los derechos humanos. Fue establecida el 21 de octubre de 1986, cuando entró en vigor la Carta Africana y entró en vigor un año después, en 1987, fecha en la que celebró su primera sesión ordinaria.

La Corte fue establecida en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos –*Protocolo*- adoptado en 1998 y el cual entró en vigor el 25 de enero de 2004.

Entre las propuestas que se han presentado en relación con la Corte destaca su posible fusión con la Corte Africana de Justicia, como una

especie de sala especializada de esta última, sin embargo, aun no hay resultados al respecto.

En cuanto al *ius standi* del individuo en el sistema africano, su situación es similar a la que predomina en el sistema interamericano, fundamentalmente por el papel que desempeña la Comisión.

Hasta el momento la Corte no ha conocido de caso alguno presentado por la Comisión, su principal obstáculo lo es el financiamiento y la fuerte crisis que presenta actualmente el continente africano, derivada de conflictos políticos, económicos, de hambruna y salud.

3.7.4 Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998

Los intentos por plasmar en un instrumento de carácter internacional la responsabilidad penal en que podía incurrir el individuo y el establecimiento de una Corte Penal Internacional fue planteada desde el año de 1948, cuando la Asamblea General en su resolución 260 del 9 de diciembre de 1948 adoptó la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio e invitaba a la Comisión de Derecho Internacional a estudiar la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional que juzgara a las personas por la comisión tal crimen.

Sin embargo, la posibilidad de crear dicho órgano no se concretó hasta el año de 1994 cuando la Comisión de Derecho Internacional elaboró el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual sometió a la Asamblea General. La Asamblea General estableció un Comité *Ad Hoc* para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional y posteriormente un

Comité Preparatorio el cual se reunió de 1996 a 1998, año este último en que completó el proyecto del texto.

Fue en la reunión sostenida por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 cuando se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual entró en vigor el 1º de julio de 2002, al presentarse el sexagésimo instrumento de ratificación, de conformidad con el artículo 126 del Estatuto.

El Estatuto significó un gran avance, por lo que respecta al derecho penal internacional, ya que constituye el primer órgano jurisdiccional internacional *permanente* que podrá juzgar a todos aquellos individuos responsables por la comisión de alguno de los crímenes que enumera el artículo 5 del instrumento.

Se resalta la característica permanente ya que antes del establecimiento de la Corte, fueron creados diversos tribunales con la misma finalidad: juzgar a individuos por la comisión de crímenes internacionales, labor constreñida a realizarse en un periodo de tiempo específico en atención a la resolución que los creó.

El artículo primero del Estatuto dispone que el establecimiento de la Corte tendrá como fin juzgar a las *personas*. Por lo que su jurisdicción no se ejerce sobre Estados ni grupo de individuos sino personas en lo particular.

Con la entrada en vigor del Estatuto, el individuo adquiere un nuevo papel en el ámbito internacional, ya que se refuerza su subjetividad internacional

pasiva, es decir, único responsable internacionalmente por la comisión de crímenes internacionales.

La competencia *ratione persona* de la Corte se limita a todas aquellas personas mayores de 18 años. Los crímenes objeto de su competencia no prescriben, sin embargo, sólo podrá conocer de aquellos cometidos una vez que entró en vigor el Estatuto.

Actualmente la Corte conoce de cuatro casos: la situación de Uganda, la situación en la República Democrática del Congo y, la República Centroamericana. Estos tres casos fueron remitidos por los mismos Estados parte del Estatuto. La situación en Darfur, el caso más reciente de la Corte, fue remitido por el Consejo de Seguridad, en razón de que Sudán no ha ratificado aún el Estatuto.

4. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Halajczuk y Moya afirman que el establecimiento de los principios generales del derecho en el artículo 38, inciso c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como fuente del derecho internacional, tiene su origen en una práctica arbitral.⁸⁴

La mayor parte de los principios actualmente existentes en el derecho internacional han surgido producto de la práctica de los Estados, como lo es el principio de *pacta sunt servanda*, aceptado hoy en día como norma fundamental del derecho internacional público.

Por ello es que los principios generales del derecho internacional se incluyen dentro de este capítulo junto con la costumbre internacional, toda vez que ambas fuentes del derecho internacional tienen un mismo origen, la práctica diaria de los sujetos del derecho internacional.

4.1 Definición de costumbre internacional

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

...

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;”

⁸⁴ Cfr. T. HALAJCZUK, Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 76.

La definición establecida en la disposición en comento señala que la costumbre constata la existencia de determinadas *prácticas* de los Estados, que son consideradas como obligatorias para ellos. Por tanto la costumbre internacional acoge dichas prácticas como fuente del derecho internacional ya que los Estados se obligan a actuar, en un caso determinado, con base en ellas.

De acuerdo con Díez de Velasco, la costumbre internacional “es una práctica que siguen los sujetos del derecho internacional que es generalmente aceptada por estos como derecho.”⁸⁵

La definición que establece el autor no se aleja de la que dispone el artículo 38 anteriormente citado. Conviene en que la costumbre internacional es el conjunto de prácticas a las que los sujetos de derecho internacional, Estados y organizaciones internacionales, les han atribuido un carácter obligatorio.

Barberis⁸⁶ señala que pueden distinguirse tres concepciones fundamentales de la costumbre internacional:

- Como una manifestación de un derecho ya existente;
- Como un modo de creación de derecho (una fuente de derecho) o;

⁸⁵ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional, Op. Cit.*, p. 200.

⁸⁶ Citado en T. HALAJCZUK, Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 62.

- Como derecho no creado por un procedimiento jurídico pero cuya existencia es comprobable.

En el primer caso la costumbre internacional da testimonio de un derecho ya existente, se constituye en prueba de ello; en el segundo caso, la costumbre constituye un procedimiento de creación de normas jurídicas internacionales y el último caso la costumbre es creadora del derecho internacional pero sin ajustarse al mismo procedimiento que se emplea para crear tratados internacionales.

No existe una regla para determinar cuándo se ha configurado una costumbre internacional ya que dicha determinación recae en los sujetos cuya voluntad es ceñirse a una determinada conducta concebida como obligatoria.

La costumbre internacional “es la obra común de los que la crean y de los que la obedecen”,⁸⁷ es “lo que dicen y lo que hacen”⁸⁸ los sujetos internacionales, de ahí que dicha conducta se constituya como la guía a seguir para valorar en qué momento se está en presencia de esta fuente del derecho internacional.

En la doctrina se ha desarrollado el tema de los *elementos de la costumbre internacional*, necesarios para su configuración.

⁸⁷ T. HALAJCZUK, Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, *Ibidem*, p. 63.

⁸⁸ TREVES, Tullio, *Customary International Law*, Max Planck, Encyclopedia of Public International Law.

4.2 Elementos de la costumbre internacional

Señala Tullio Treves, que ya la Corte Permanente de Justicia Internacional había establecido en repetidas ocasiones que la costumbre internacional requiere de la existencia de dos elementos para su formación, como en el caso *Lotus* en el que resuelve que el derecho internacional funciona a partir de la voluntad de los Estados y que tal voluntad puede manifestarse ya sea en convenciones o en usos, los cuales, señala el autor, son generalmente aceptados como la expresión de principios del derecho internacional⁸⁹.

Halajczuk y MoYA señalan que en la costumbre internacional pueden distinguirse dos elementos: uno material – práctica reiterada y uniforme- y otro, subjetivo, -la convicción de la obligatoriedad de dicha práctica-⁹⁰

En la doctrina se han desarrollado posturas contrarias en torno a la existencia de dichos elementos, como la que afirma que no es necesario la existencia de ambos elementos, si que sólo uno de ellos es fundamental para la formación de la costumbre internacional. Sin embargo, conviene señalar, que ambos elementos, independientemente de su aceptación, son necesarios para su existencia.

4.2.1 Elemento objetivo

El elemento objetivo o también conocido como elemento material o *inveterata consuetudo*, consiste en “la repetición en el tiempo de una

⁸⁹ Citado en T. HALAJCZUK Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, Tercera edición, *Op. Cit.* p. 62.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 64

determinada conducta”⁹¹ y agrega Díez de Velasco, “de forma constante y uniforme”. Este es el elemento de la costumbre internacional que debe exteriorizarse. Es la forma mediante la cual un sujeto de derecho internacional manifiesta su conformidad en adecuar su conducta a una práctica concebida como obligatoria.

Que la práctica sea constante indica que ésta debe perdurar en el tiempo, que su realización no sea ininterrumpida, siempre que se esté ante la misma o semejante situación.

Además deber ser uniforme, es decir, que se realice con el mismo propósito, siempre en el mismo sentido, la práctica deba ser tal que los efectos que produzca no sean distintos a los que siempre ha generado.

No existe tampoco una regla que indique cuál es el número de Estados necesarios para conformar la costumbre internacional, ya que ésta puede ser de carácter regional –que involucre a una minoría de Estados- o universal –que agrupe a la mayor parte de los Estados de la comunidad internacional-. Por ejemplo, en el caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, la Corte Internacional Justicia señala que un ejemplo de una norma consuetudinaria regional es aquella que deriva del sistema jurídico interamericano.

⁹¹ T. HALAJCZUK Bohdan and MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, Tercera edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1999, p. 64.

Por lo que respecta a la forma mediante la cual los sujetos internacionales exteriorizan una práctica determinada es variable como variables y diversos pueden ser los sujetos que pueden llevarla a cabo.

Esta exteriorización es importante, señala Treves, ya que deja una evidencia de su existencia la cual repercute en otros sujetos internacionales, a tal grado, que en un momento determinado estos últimos puedan convenir actuar en el mismo sentido o bien ir en contra de ella. Lo importante es que de alguna forma la actuación de un sujeto del derecho internacional puede ser decisiva para el resto de la comunidad internacional.

Cabe decir, por último que la costumbre internacional no sólo puede conformarse por actos positivos, sino también por omisiones –no actuar en determinada forma- los cuales también pueden crear una costumbre internacional.

4.2.2 Elemento subjetivo

El elemento subjetivo o elemento espiritual⁹² también conocido como *opinio iuris*, es el elemento que reviste mayor dificultad en cuanto a su acreditación para la conformación de la costumbre internacional.

Señala Treves⁹³ que fue en los casos del Mar Continental del Norte, donde la Corte Internacional de Justicia estableció que la actuación de los Estados debe ser tal que se tenga la convicción de que sólo a través de esa vía se

⁹² DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 240.

⁹³ *Idem*

puede lograr el fin que se busca, que es la creación de una costumbre internacional.

De la misma forma, la cuestión fue planteada en el Caso de las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que no sólo era necesario que se acreditara la existencia de una práctica constante sino que los Estados ejecutantes tendrían que tener la convicción de que estaban actuando con base en una regla que les era obligatoria.

El elemento subjetivo de la costumbre internacional es la convicción de que la práctica que se lleva a cabo es obligatoria y que ir en contra de ella podría deparar una responsabilidad internacional.

La costumbre internacional se forja según las necesidades que presente la comunidad internacional y la responsabilidad de su establecimiento recae directamente en los sujetos del derecho internacional, quienes finalmente pueden decidir qué prácticas serán obligatorias y bajo las cuales habrán de conducirse.

Si el acto es voluntario, es decir, con la plena convicción de actuar en un sentido es un aspecto aún más difícil de determinar, ya que los sujetos de derecho internacional siempre se conducen en atención a sus intereses, por lo que determinar cuáles son estos resulta una tarea bastante compleja.

4.3 La Comisión de Derecho Internacional y la formación de la costumbre internacional

La Comisión de Derecho Internacional –*Comisión*- fue establecida por resolución 174 (II) de la Asamblea General en 1947, cuya primera sesión anual se llevó a cabo el 12 de abril de 1949.

Herdegen señala que la Comisión de Derecho Internacional es una importante fuente de producción jurídica⁹⁴. El artículo 15 del Estatuto de la Comisión dispone que la principal función de dicho organismo es el *desarrollo progresivo del derecho internacional* mediante la preparación de proyectos de convención sobre los temas que no han sido regulados por el derecho internacional.

La Comisión tiene a su cargo la labor de *codificar* el derecho internacional, esto es, sistematizar entre otras las prácticas de los sujetos internacionales, lo que hace de la Comisión uno de los principales codificadores también de la costumbre internacional. La Comisión puede actuar por iniciativa propia, cuando considere que un tema debe ser estudiado para su posible integración al derecho internacional, con autorización de la Asamblea General, a solicitud de la Asamblea General o bien, a petición del resto de la comunidad internacional -Estados miembros de las Naciones Unidas, los principales órganos de Naciones Unidas, agencias especializadas o cuerpos oficiales establecidos por los gobiernos-.

⁹⁴ Cfr. HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 166.

La labor de la Comisión de Derecho Internacional ha dado frutos bastante productivos para el desarrollo e integración del derecho internacional. Ha configurado el derecho aplicable a la celebración de los tratados internacionales la cual se completó, por lo que respecta a los sujetos con capacidad para celebrarlos, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

También participó en la codificación de las principales normas aplicables al derecho del mar con las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958⁹⁵ así como el derecho de las relaciones diplomáticas y consulares a través de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963⁹⁶.

Por lo que respecta al individuo, la Comisión ha tenido también una participación destacada en la codificación de derecho internacional de los derechos humanos, con la adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁷

La Comisión representa uno de los instrumentos de que se vale el derecho convencional, ya sea para declarar, cristalizar o constituir la costumbre

⁹⁵ NOLTE, George, *Sobre crisis y crecimiento del derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, Vol. VII, ISSN 1870-4654.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 230.

⁹⁷ *Ibidem*, p.233.

internacional en una norma escrita vinculante para los sujetos que la adopten.

4.4 *Persistent Objector*

El *persistent objector* es una actitud que el Estado puede adoptar respecto de una norma consuetudinaria en proceso de creación. Limita la ejecución del derecho internacional, cuando el Estado *persistentemente* objeta el desarrollo de la costumbre internacional.

Es el medio a través del cual el Estado puede manifestar su desacuerdo con la creación de dicha costumbre y su voluntad de no obligarse por ella. Por tanto, es necesario que dicha manifestación se realice durante el proceso de creación de la costumbre ya que una vez que ésta ha sido concebida como obligatoria, no podrá alegarse la aplicabilidad del *persistent objector*.

El *presistent objector* encuentra su limitante en las normas perentorias mejor conocidas como normas de *ius cogens*, que como se establece en la Convención de Viena de 1969, es una *norma que ha sido aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*.

Sólo ciertos derechos humanos han sido aceptados como normas de *ius cogens*, como lo es la prohibición del genocidio, de la esclavitud o el tráfico

de esclavos⁹⁸, por tanto, normas ante las cuales es improcedente el *persistent objector*, mediante el cual los Estados puedan evadir su obligación de garantizar su respeto y por tanto, puedan actuar contrario a ellos.

Si bien no todos los derechos humanos han sido reconocidos como normas de *ius cogens*, es importante mencionar que a la par de estas normas de trascendencia internacional, el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional ha evolucionado de tal forma, que hoy en día el respeto de los derechos básicos de toda persona constituye una obligación *erga omnes*⁹⁹ para todos los Estados miembros de la comunidad internacional.

4.5 Soft Law y la costumbre internacional

Treves afirma que cuando se está en presencia del proceso de codificación de la costumbre internacional que llevan a cabo los Estados, los resultados que puede arrojar son instrumentos considerados *soft law* –*derecho ligero*–, *un derecho no vinculante para los sujetos de derecho internacional*, como las declaraciones de la Asamblea General, con sus debidas reservas, o proyectos de instrumentos internacionales elaborados por la Comisión de Derecho Internacional.

Señala Herdegen que “el *soft law* es sencillamente la expresión de una dificultad jurídica para la clasificación de tales instrumentos, detrás de los

⁹⁸ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional: estudio histórico - crítico*, 2º ed., IIJ-UNAM, México, 2003, p. 159.

⁹⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, TEXTOS, INSTRUMENTOS Y REPORTES FINALES, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, 2006, *Op. Cit.*

cuales no existe una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter vinculante”.¹⁰⁰

Son actos que por sus efectos pueden ubicarse entre aquellos que tienen fuerza vinculante y aquellos que carecen de dicha obligatoriedad.

Entre los actos que Herdegen ubica como *soft law* pueden encontrarse “determinadas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de los órganos representativos de otras organizaciones internacionales, así como algunas declaraciones de las conferencias de los Estados, especialmente en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea.”¹⁰¹

Sin embargo, en este aspecto juega un papel muy importante la costumbre internacional, porque si bien es cierto los actos que realizan los órganos antes citados, de origen fueron destinados a no ser vinculantes para los sujetos parte, pueden en un momento determinado adquirir tal obligatoriedad de adoptarse en ese sentido, sea que se constituya como una obligación regional o de carácter universal.

Lo que digan y hagan los sujetos de derecho internacional es la regla última en la configuración de la costumbre internacional por lo que más que atender al carácter vinculante o no de dichos actos, debe prestarse atención a su forma de conducirse.

¹⁰⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, TEXTOS, INSTRUMENTOS Y REPORTE FINALES, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, *Idem*.

¹⁰¹ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 163.

Las resoluciones que emiten los comités mencionados en el capítulo anterior podrían ser consideradas como *soft law*, ya que si bien de origen no pueden obligar a los Estados a cumplir sus determinaciones, nada impide que puedan adquirir dicha obligatoriedad por aquellos sujetos que lleguen a asumirlas como tales.

4.5.1 Las resoluciones de la Asamblea General

Matthias Herdegen sostiene que “en la doctrina del derecho internacional existen varias opiniones que consideran que algunas resoluciones de la Asamblea General sobre cuestiones de principios de derecho internacional, pueden adquirir cierta obligatoriedad.”¹⁰².

Este no es el espacio adecuado para analizar el variado tipo de resoluciones que en un momento determinado puede emitir la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, para lo cual podría citarse a Jorge Castañeda¹⁰³, quien realiza un estudio por demás interesante sobre los órganos de las Naciones Unidas, en concreto la actuación de la Asamblea General.

No obstante, es importante analizar algunas de dichas resoluciones, ya que en la doctrina se afirma que no basta con que el Estado apruebe una determinada resolución de la Asamblea, de forma unánime, para que sea vinculante –véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos- sino lo realmente importante es que el Estado sea constante en su actuación en

¹⁰² HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, *Ibidem*, p. 161.

¹⁰³ CASTAÑEDA, JORGE, *Obras Completas (Naciones Unidas)*, *Op. Cit.*, pp. 271 y ss.

el sentido de dicha resolución. Que se demuestre realmente que este sujeto tiene la voluntad de adoptar dicha resolución como obligatoria.

La Asamblea General ha emitido resoluciones las cuales buscan garantizar la protección del individuo en el plano internacional o resoluciones en cuyo contenido pueden encontrarse disposiciones dirigidas al individuo como sujeto de su protección

“Las resoluciones fundamentales sobre cuestiones del derecho internacional, se pueden interpretar como *un* elemento para la configuración de derechos consuetudinarios, que en todo caso requiere que se agregue la correspondiente práctica estatal”¹⁰⁴(*cursivas propias*)

Las resoluciones que a continuación se mencionarán, señala Castañeda, “...son resoluciones obligatorias, no en el sentido de que hayan creado nuevas obligaciones, sino en el sentido de que son expresión y prueba legalmente irrefutable de principios generales de derecho que tienen carácter obligatorio”.¹⁰⁵

Los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*, fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 95 (I). Es una resolución por medio de la cual la Asamblea General confirma los principios fundamentales derivados de los juicios que llevó el Tribunal de Nuremberg y

¹⁰⁴ CASTAÑEDA, JORGE, *Obras Completas (Naciones Unidas)*, *Ibidem*, pp.162-163.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 494.

que resultan de gran relevancia para el tema que se trata en esta investigación.

Esta resolución es obligatoria porque contiene principios elementales para el desarrollo del derecho internacional y porque han sido reconocidos con dicho carácter por los sujetos del derecho internacional a tal punto que hoy en día gran parte de ellos se contienen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, un tratado internacional obligatorio para sus Estados parte.

En este documento se reconoce a la persona como un sujeto pasivo del derecho internacional, como el principal responsable por la comisión de crímenes internacionales.

Como se ha dicho, a través de esta resolución la Asamblea no se crean nuevos principios o reglas de derecho, *confirma las ya existentes*. Por tanto, la responsabilidad penal internacional del individuo a que alude el artículo en mención es un principio que sólo confirma la Asamblea General y tiene carácter obligatorio por las disposiciones que consagra, porque las conductas prohibidas reflejan un compromiso para no volver a incurrir en las conductas llevadas a cabo durante la primera y segunda guerra mundiales.

Por tanto, las resoluciones de la Asamblea General auxilian en el proceso de integración del derecho internacional, pero dicha aplicación no debe verse a la ligera, sin prestar la importancia requerida, porque la tiene, es el órgano encargado de llevar a cabo el proceso del desarrollo progresivo del derecho internacional.

La otra resolución de la Asamblea que sirve como apoyo a los argumentos vertidos, es la número 217 A (III) por medio de la cual se adopta la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en 1948. Ya anteriormente se ha dicho lo que significó este documento para la comunidad internacional, al ser el primero en su tipo en establecer un conjunto de derecho humanos reconocidos por un gran número de Estados miembros de la comunidad internacional.

La intención de los Estados al firmarla no fue la de crear un instrumento de carácter vinculante, que en el caso de incumplirse generara una responsabilidad internacional,¹⁰⁶ sino sólo como un reconocimiento internacional de los derechos de toda persona sin distinción alguna.

Sin embargo, e independientemente de que la Declaración no sea vinculante para los Estados, como finalmente se ha establecido, lo que dicen y hacen los Estados ante dicho instrumento es un criterio de mayor peso que la intención de aquellos que intervinieron en su elaboración.

La práctica de los Estados ha llevado a emplear la Declaración Universal como un argumento más, dentro del orden interno e internacional para la defensa de los derechos humanos; es aún una guía para los sujetos partícipes en la adopción de nuevos instrumentos de protección de los derechos humanos, un instrumento que por el número de Estados que lo integran refleja su importancia para la comunidad internacional.

¹⁰⁶ CASTAÑEDA, JORGE, *Obras Completas (Naciones Unidas)*, Op. Cit, p. 496.

Su adopción implicó todo un cambio en la concepción de la protección de estos derechos -como una competencia exclusiva de los Estados- para otorgar también competencia al derecho internacional.

Éstas y otras resoluciones de la Asamblea General pueden ser invocadas por los Estados en los juicios de orden interno, pueden fundar la existencia de tratados internacionales y, pueden ser vinculantes cuando sea esa la voluntad de quienes la aplican.

La Asamblea General por su parte deberá estar como hasta ahora lo ha hecho, atenta a los cambios que presente la comunidad internacional para someterlos para su estudio a la Comisión de Derecho Internacional.

4.5.2 Las opiniones consultivas de los órganos jurisdiccionales internacionales

Herdegen afirma que la actuación de los órganos jurisdiccionales es importante para la conformación del derecho internacional¹⁰⁷ y una de las funciones que llevan a cabo todos los tribunales internacionales – salvo la Corte Penal Internacional- es la emisión de opiniones consultivas.

Las opiniones consultivas son pronunciamientos de los tribunales jurisdiccionales internacionales sobre la interpretación de una disposición de carácter internacional que previamente ha sido solicitada por los sujetos capacitados para ello.

¹⁰⁷ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p.164.

La característica de las opiniones consultivas es que no son vinculantes para los Estados, por lo que en principio no están obligados a considerarlas, lo que no excluye la posibilidad de que en un momento determinado puedan ser adoptadas como derechos por requerirlo así la práctica de los Estados.

Sin embargo, las opiniones consultivas constituyen un eslabón fundamental en la integración del derecho internacional, ya que permite una mejor aplicación de las disposiciones con tal carácter, al proporcionar una posible interpretación de ellas; resuelve dudas sobre términos internacionales; determina el alcance de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales y, en general, contribuye a un mejor desarrollo del derecho internacional.

Estos actos de los tribunales internacionales adquieren mayor relevancia si se tiene presente que dichos órganos fundan su postura en la realidad internacional presente en la comunidad internacional, son el reflejo de la actuación de los Estados, por lo que sus pronunciamientos tienen su fundamento en la misma comunidad internacional y la situación presente.

Reconoce Estrada Adán¹⁰⁸ que es la voluntad de los Estados el criterio aplicable para determinar cuándo una opinión consultiva de algún tribunal internacional puede llegar a ser vinculante.

¹⁰⁸ ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique, *Valor jurídico de la Opinión Consultiva No. 20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EL EXTRANJERO, Revista de la Facultad de Derecho – UNAM, febrero 2010, <http://www.elextranjero.com.mx/>.

4.6 El individuo y la idea de sujeto en la *consuetudo* internacional

En el caso concreto del individuo y el reconocimiento de su subjetividad internacional a través de la costumbre internacional es una cuestión compleja porque su participación se ha visto siempre constreñida al derecho convencional, a la existencia de un instrumento internacional que expresamente le confiera derechos y los mecanismos para hacerlos exigibles. Existe ya la convicción de que es necesario proteger los derechos humanos de toda persona, frente a su principal transgresor que por muchos años ha sido el Estado.

El Derecho Internacional Humanitario es un ejemplo claro del papel que ha desarrollado la costumbre internacional en el reconocimiento de las personas como el sujeto que busca proteger y en torno al cual se ha creado todo un orden jurídico.

La codificación más que entorpecer el desarrollo de la costumbre internacional contribuye a su consolidación mediante su expresión escrita, sea de forma declarativa, cristalizadora o constitutiva y, a su observancia y cumplimiento obligatorio, al ser adoptada por la comunidad internacional con el ánimo de obligarse por ella.

Los contenidos del derecho convencional y del derecho consuetudinario son distintos y no deben confundirse en su aplicación, ya que el cumplimiento o inobservancia de alguno de ellos no puede implicar la inaplicabilidad del otro. Es así como lo establece el artículo 43 de la Convención de Viena de 1969, que dispone que la no aplicación de un tratado internacional por algunas de

las causas que se mencionan no implica la inobservancia de las normas del derecho consuetudinario internacional.

Los Estados por su cuenta han firmado y ratificado diversos instrumentos de protección de los derechos humanos y reconocido expresamente la facultad de los órganos jurisdiccionales para conocer de todo caso que les sea planteado donde sean señalados como responsables por la posible violación de los derechos consagrados en dichos instrumentos. Esto es lo que hacen y dicen los Estados respecto del derecho internacional.

Por lo que respecta a la subjetividad internacional pasiva del individuo que ya se integra en una norma escrita, requiere de una mayor cooperación de los Estados para su cumplimiento, el cual surgió a partir de una práctica de ellos y la necesidad de ubicar a quien directamente podría ser sujeto de responsabilidad por la comisión de dichas conductas.

4.7 Los Principios generales del Derecho Internacional

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que *los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas* son otra fuente del Derecho Internacional.

Estos son vistos como disposiciones que complementan las cláusulas contenidas en los tratados internacionales y también las del derecho consuetudinario.¹⁰⁹

¹⁰⁹ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 156.

Señala Halajczuk y Moya que se trata de la fuente más controvertida del derecho internacional tanto por su vigencia jurídica como por su contenido.¹¹⁰ Su complejidad se presenta también por las siguientes razones:

- No hay coincidencia en cuanto a su vigencia.
- Falta de manifestación de la voluntad de los Estados en su constitución.
- Dificultad para diferenciar los principios generales de derecho interno de los principios generales de derecho internacional.

El antecedente de los principios generales del derecho internacional, como se ha dicho, se ubica en el arbitraje, que fue la primera práctica de arreglo de controversias entre los Estados.

Se ha reconocido el carácter de principios generales del derecho internacional a los contenidos en la Carta de San Francisco de 1945, fundamentalmente el mantenimiento de la paz, la solución pacífica de controversias, la libre determinación de los pueblos y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Otros ejemplos pueden ser el principio *pacta sunt servanda*, la responsabilidad por violación del deber de reparar; restitución por enriquecimiento ilícito, la prescripción, la equidad; el *stoppel*, por citar sólo algunos ejemplos, muchos de los cuales se contemplan en la Convención de

¹¹⁰ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público, Ibidem*, p. 76.

Viena de 1969 y deben su origen en gran medida a disposiciones del derecho interno de los Estados.

Herdegen afirma que el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional pueden mostrarnos la actitud que los Estados han tomado en relación con la protección de los derechos humanos y por qué en un cierto momento podrían restringir la aplicación de los principios del derecho internacional.

“Los principios generales de derecho pueden afectar los estándares de los derechos humanos en el sentido que ellos influyen en la forma y modo de su realización...”¹¹¹

Precisamente en ese ámbito de la protección de los derechos humanos es donde el reconocimiento de los principios generales de derecho por parte de las ‘naciones civilizadas’ parece vincular también a los órganos regionales y universales para la protección de los derechos humanos”.¹¹²

Esta fuente es útil en la integración del derecho internacional y en el desarrollo de la subjetividad internacional del individuo, claro, en la medida en que sean reconocidos y aplicados como tales en el caso concreto por los sujetos del derecho internacional con capacidad para ello.

¹¹¹ HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, *Idem*.

¹¹² *Ibidem*, p. 158

5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL COMO BASE DE JUSTIFICACION DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

5.1 La importancia de los tribunales internacionales después de la Segunda Guerra Mundial

Como se ha visto, la doctrina, los tratados internacionales, la costumbre internacional así como los principios generales de derecho, fuentes del derecho internacional han permitido sostener que el individuo es un sujeto del derecho internacional, titular de derechos y obligaciones. Ahora falta por analizar la jurisprudencia que han establecido los principales órganos jurisdiccionales internacionales, que refuercen el argumento principal de esta investigación: El individuo como sujeto del derecho internacional público.

La efectividad de los mecanismos internacionales que existen para la protección de la persona o en su caso, para su juzgamiento, depende en gran medida del compromiso de los sujetos que permiten su funcionamiento. Para ello es que se deben tener presentes las deficiencias de cada uno de ellos que más que ser propias de dichos mecanismos hallan su origen en la falta de cumplimiento de los compromisos asumidos.

Un ejemplo claro de lo comentado en el párrafo anterior son precisamente los tribunales internacionales, cuya tarea es fundamental en la constante integración del derecho internacional. No obstante su funcionamiento es uno de los mayormente limitados por la voluntad de los Estados, ya que el ejercicio de su competencia depende de la aceptación expresa de ellos; y

por lo respecta a la ejecución de sus determinaciones, falta el verdadero compromiso de cooperar con dichos órganos.

Lo siguiente no pretende ser un examen exhaustivo sobre la jurisprudencia de los principales órganos internacionales, sino sólo un señalamiento de algunos criterios importantes que se han establecido como resultado de su funcionamiento. Dichos criterios sirven para reafirmar lo que en los anteriores capítulos se ha establecido en relación con la subjetividad internacional del individuo.

5.2 La jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El artículo 38, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

“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.”

El artículo 38 del Estatuto es claro cuando establece que las decisiones judiciales serán un medio auxiliar en la interpretación de las normas internacionales y no una fuente que creación.

Sin embargo, como afirma Herdegen, las decisiones de los tribunales internacionales entre ellos la Corte Internacional de Justicia, las Cortes de

los tres principales sistemas regionales de derechos humanos, y la Corte Penal Internacional, cooperan de manera fundamental en la creación del derecho, desde que su función de sólo aplicadores de las normas internacionales trasciende a la integración del derecho mediante la delimitación, y en algunos casos incluso la reinterpretación, de su contenido. Los criterios establecidos por cada uno de estos tribunales han servido como precedente entre ellos mismos, en la toma de sus decisiones para la solución de un caso, por eso no debe sorprendernos que la Corte Penal Internacional emplee principios establecidos por los tribunales afines a ésta, en cuanto a su causa, como el caso del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en la toma de decisiones para la conducción de los casos que actualmente conoce.

Al igual que la costumbre internacional, las decisiones de los órganos internacionales jurisdiccionales pueden cristalizar normas de carácter internacional. Treves señala que las decisiones de los tribunales deben verse “indirectamente, como la manifestación de la práctica de los Estados, los cuales han acordado otorgarles facultades a dichos órganos, la autoridad y el mandato para aplicar el derecho internacional”¹¹³.

Señala el autor, que más que reflejar la práctica de los Estados, las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales “determinan los contenidos del derecho internacional”¹¹⁴. Evaluar el derecho consuetudinario y la interpretación de los tratados, son tareas que los Estados han convenido en reconocerle a los tribunales internacionales, de ahí que la importancia de

¹¹³ TREVES, Tullio, *Costumary International Law, Op. Cit.*, p. 13.

¹¹⁴ *Idem*

las decisiones de estos tribunales vaya más allá de lo que se desprende del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹¹⁵

Además de crear derecho, los tribunales internacionales determinan la existencia de normas con dicho carácter, como lo hemos dicho, mediante un efecto declarativo de las mismas o cristalizador, como sucede con la costumbre internacional.

Por tanto, la contribución de estos órganos en la conformación y desarrollo del derecho internacional es fundamental, lo fortalece, lo nutre y lo más importante, dichas decisiones mantienen vigentes las normas de carácter internacional al ajustarse en cuanto a su aplicación a las nuevas necesidades presentes en la comunidad internacional, más que satisfacer caprichos de los sujetos del derecho internacional.

5.3 Los principales criterios de los tribunales penales internacionales en relación con la personalidad internacional pasiva del individuo

5.3.1 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg –Tribunal de Nuremberg- pueden verse como una de las principales contribuciones de este órgano al derecho internacional y en concreto con la responsabilidad penal internacional del individuo.

Es uno de los primeros documentos donde se reconoce la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes internacionales y la sanción que debe recibir por ello; aclara que el fin de este reconocimiento es

¹¹⁵ TREVES, Tullio, *Costumary International Law, Idem.*

evitar la impunidad, ante la incompetencia del Estado para perseguir y sancionar a los responsables de estos ilícitos.

Jorge Urbina señala que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg fue el primero en establecer “el principio de improcedencia de cargo oficial”¹¹⁶ que se empleaba para excusarse de no ser juzgado.

Sin embargo, el Tribunal garantizó el respeto de las garantías esenciales a todo inculcado, sobre todo un juicio imparcial, como lo establece el Principio V del documento en comento.

Este órgano reconoció otras formas de participación en la comisión de los crímenes que persiguió, tales como la coautoría y la complicidad.

El Tribunal de Nuremberg es trascendental dentro del derecho internacional, sobre todo en materia penal internacional, toda vez que fue el primero en su tipo en juzgar directamente a individuos por la comisión de crímenes internacionales.

5.3.2 Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia

El Tribunal creado por resolución del Consejo de Seguridad 827, el 25 de mayo de 1993. Tiene competencia para *juzgar* a los presuntos responsables por la comisión de graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia a partir del año de 1991.

Con fundamento en el artículo 2 de su Estatuto, que le confiere jurisdicción para juzgar a las personas por la comisión de violaciones a la Convención de

¹¹⁶ Urbina Jorge Julio, *Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del estado*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, Volumen VIII, ISSN 1870-4654.

Ginebra de 1949, el Tribunal ha determinado que deben configurarse cuatro elementos para ejercer dicha jurisdicción: la existencia de un conflicto armado, el nexo entre dicho conflicto y la comisión del crimen alegado, el carácter de internacional del conflicto y, que las personas o propiedades sujeto de las violaciones estén protegidas por la Convención en comento.¹¹⁷

Cada uno de estos cuatro elementos han sido desarrollados por el Tribunal con el fin de delimitar el campo de su acción.

Las personas protegidas por la Convención de Ginebra de 1949 son todas aquellas que carecen de la protección diplomática por parte del estado del cual forman parte. En el momento del conflicto se sitúan dentro de él, como parte del mismo,¹¹⁸ que los coloca en una situación de vulnerabilidad, ya que son objeto de graves vejaciones por los principales perpetradores de dichos actos.

Como se ha dicho anteriormente, el artículo 7 del Estatuto establece las múltiples formas en que una persona o grupo de ellas pueden incurrir en responsabilidad penal internacional, todas y cada una de estas modalidades han sido interpretadas por el tribunal.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal estableció que tanto la responsabilidad penal internacional del individuo así como la culpabilidad por asistir, ayudar o ser cómplice a diferencia de la participación directa en la

¹¹⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, war crimes, and crimes against humanity: topical digests of the case law of the international criminal tribunal for Rwanda and the international criminal tribunal for the former Yugoslavia*, 2004, p. 122, <http://www.hrw.org>.

¹¹⁸ *Ibidem* p. 128.

comisión del ilícito son conceptos producto del derecho consuetudinario internacional.¹¹⁹

5.3.3 Tribunal Internacional para Ruanda

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda – *el Tribunal*- fue establecido por resolución del Consejo de Seguridad número 955, en la cual se determina que tendrá como principal función enjuiciar a las personas responsables de cometer genocidio y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda por la comisión de estos crímenes, entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año.

En el artículo 1° del Estatuto del Tribunal se establece que será competente para enjuiciar a las personas responsables por la comisión del crimen de genocidio o serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

Señala Luis Collantes que las jurisdicciones de ambos tribunales – Ruanda y Ex Yugoslavia- son simultáneas de las jurisdicciones nacionales, a diferencia de la Corte Penal Internacional cuya jurisdicción es complementaria de aquellas, esto es, que sólo ante la imposibilidad su imposibilidad o falta de voluntad para conocer de una situación, el caso podrá ser sometido a la Corte.

El Estatuto del Tribunal establece en su artículo 6 que su jurisdicción se ejercerá solamente sobre individuos. En este sentido, el tribunal a través de

¹¹⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, war crimes, and crimes against humanity: topical digests of the case law of the international criminal tribunal for Rwanda and the international criminal tribunal for the former Yugoslavia*, *Ibidem*, p. 129.

la jurisprudencia ha establecido que deben de cumplirse dos requisitos a efecto de que la responsabilidad penal internacional del individuo pueda configurarse, estos son:

La participación del individuo en la comisión del crimen, esto es, que realmente haya realizado una actuación tendente a la consumación del acto ilegal¹²⁰ y que el acto por el cual resulte responsable internacionalmente realmente se cometa, es decir, no puede castigarse la intención de cometerse, salvo el crimen del genocidio en el que cabe dicha posibilidad¹²¹. También se ha pronunciado sobre la responsabilidad de quien comanda la acción.

También es cierto que estos tribunales se rigen por prácticas,¹²² sin embargo, difícil es determinar si esto puede llegar a constituir una costumbre internacional, toda vez que su jurisdicción es limitada y su existencia obedece a un periodo de tiempo, sin embargo, algunos de los criterios de estos tribunales han sido citados por la Corte Penal Internacional.

5.3.4 Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional actualmente se ocupa de cuatro casos, de los cuales, algunos han sido sometidos directamente por el presidente del

¹²⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, war crimes, and crimes against humanity: topical digests of the case law of the international criminal tribunal for Rwanda and the international criminal tribunal for the former Yugoslaviap*, Op. Cit., p. 60.

¹²¹ *Idem*

¹²² *Ibidem*, p. 178.

Estado, mientras que el caso de Darfur fue sometido por el Consejo de Seguridad, en razón de que el Estado de Sudán no es Parte del Estatuto.

El caso de la República de Congo fue admitido por la Sala de Cuestiones Preliminares en vista de las graves violaciones contra civiles perpetradas en dicho Estado. Muchos civiles habían muerto en la República de Congo desde 1990 como consecuencia de un conflicto armado, sin embargo, la Corte sólo puede conocer de los hechos ocurridos a partir de su entrada en vigor, esto es, a partir del 1 de julio de 2002.

La Corte en el presente caso desarrolla la responsabilidad penal del individuo en su calidad de co- perpetrador del crimen, los individuos que participaron en la comisión de los crímenes asumían un control conjunto con el actor intelectual y su participación fue sustancial en la comisión del crimen.¹²³

Por lo que respecta a la situación latente en el Norte de Uganda, el caso también fue remitido por el presidente de dicho país a la Corte, después de un análisis, el fiscal decide iniciar la investigación formal. Los sujetos cuyas órdenes de aprehensión se han solicitado ante la Sala de Cuestiones Preliminares, fueron hallados responsables por crímenes como el asesinato, secuestro, esclavitud sexual, mutilación, incendio de casas, quema de asentamientos y, secuestro de niños. Todos los anteriores actos han sido

¹²³ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe de la Corte Penal Internacional*, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones, Tema 77 del programa provisional, agosto de 2008 a julio de 2009, <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC?lan=en-GB>.

ejecutados por miembros pertenecientes a un grupo armado denominado The Lord's Resistance Army (the "LRA").¹²⁴

En una carta que refirió el gobierno de Uganda a la Corte señala que éste es incapaz de llevar a cabo el arresto de las personas responsables de la comisión de los anteriores crímenes y que el órgano más capacitado para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento de estas es la Corte.¹²⁵

Como se ha dicho el mayor número de denuncias están relacionadas con delitos sexuales y la forma atroz en la que fueron cometidos, algunos en público o frente a familiares así como el reporte de varias víctimas que han contraído el virus de VIH-SIDA como consecuencia de dichos ultrajes.

En el caso de Sudán, la situación existente en dicho país no fue referida por el gobierno, sino por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, este es un caso importante, ya que la remisión de un caso por el Consejo de Seguridad se da cuando el Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes, no es parte del Estatuto de Roma.

En estos casos el fiscal debe cumplir tres requisitos para iniciar una investigación formal: tener jurisdicción, que sea admisible la denuncia y el interés de la justicia.

Fue a partir del reporte que emitió la Comisión Internacional de Investigación establecida por el presidente de Naciones Unidas Kofi Annan, en el año de

¹²⁴ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe de la Corte Penal Internacional*, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones, Tema 77 del programa provisional, agosto de 2008 a julio de 2009, <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC?lan=en-GB>.

¹²⁵ *Idem*

2004, sobre la situación presente en Darfur, que el Consejo de Seguridad consideró prudente remitir la cuestión a la Corte.¹²⁶

En este caso, el fiscal ha tenido dificultad para llevar a cabo la investigación con el fin de aportar elementos probatorios que permiten probar la responsabilidad de los individuos, precisamente porque no ha habido cooperación del gobierno de Sudán y porque al parecer el presidente de dicho país está involucrado en los actos denunciados.

El 19 de octubre de 2009 se llevó a cabo la audiencia de confirmación de cargos ante la Sala de Cuestiones Preliminares, en contra de Abu Garda, este es el primer sospechoso que aparece en el caso de Darfur. La finalidad de dicha audiencia es salvaguardar los derechos del presunto responsable, con el fin de iniciar un proceso si existen motivos suficientes, si los cargos se confirman el caso se remite a la sala de primera instancia, la cual dará inicio al procedimiento de desahogo de pruebas.

Actualmente la Corte se analiza la situación en Georgia, Colombia, Afganistan, Chad y Kenia .¹²⁷

5.4 Tribunales en Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los siguientes son algunos de los casos que han resuelto los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, los cuales sirven para justificar el *ius standi* reconocido al individuo, en relación al menos con el

¹²⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe de la Corte Penal Internacional*, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones, Tema 77 del programa provisional, agosto de 2008 a julio de 2009, <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC?lan=en-GB>.

¹²⁷ *Idem*

sistema europeo, sin embargo, también nos permite apreciar las facultades de dichos órganos para interpretar los instrumentos en los cuales se establecen derechos a favor del individuo y cómo es que delimitan sus alcances.

5.4.1 Corte Europea de Derechos Humanos

Como lo hemos visto anteriormente, el individuo frente a la Corte Europea tiene pleno *ius standi*, esto es, capacidad jurídica para iniciar un proceso ante dicho tribunal por la posible violación de sus derechos contenidos en el Convenio Europeo.

5.4.1.1 Caso König vs. Alemania

El caso fue presentado ante la Corte Europea por la República Federal de Alemania y la Comisión de Derechos Humanos.

En este caso el actor es un nacional alemán que nació en el año de 1918, se desempeñaba como especialista en cuestiones relacionadas con la nariz, oídos y garganta. En el año de 1960 abrió una clínica, de la cual es propietario y administrador único además de ser el único médico que laboraba en ella.

En el año de 1962 se inicia un proceso contra König por la Sociedad Médica Regional por supuestas conductas no profesionales en el cual se resuelve su inhabilitación para practicar la profesión. El actor presenta su apelación, la cual es desestimada.

A pesar año de 1967 le fue otorgada la autorización para reabrir su clínica y en 1971 su autorización para ejercer su profesión sin embargo en el 1972 se inicia un nuevo proceso penal contra él.

El actor demanda ante la Corte la violación del artículo 6 del Convenio Europeo que dispone que toda persona tiene derecho a un juicio justo y público.

La Corte resuelve que el concepto de derechos civiles a que alude el Convenio Europeo en su artículo 6 no guarda relación alguna con el concepto de derechos civiles del derecho nacional. Determina que la existencia de un derecho civil en términos del Convenio se da en atención a su contenido y los efectos que produzca, más que por su denominación.

Establece que todos los procedimientos que se inicien contra una persona deberán observar siempre lo dispuesto por el artículo 6 aludido, en cuanto que deben observar el “tiempo razonable”, en la consecución de un juicio.

Concluye que el tiempo razonable en los procedimientos criminales se aplica en todas sus etapas, incluso la apelación, y no debe ser diferente en los casos civiles, sin embargo, en este último caso, para su valoración debe atenderse a cada caso en particular.

Resuelve también que el Estado alemán debe simplificar sus procedimientos en la forma y sentido que más convenga. Ello al concluir que el “tiempo razonable” estipulado en el artículo 6 fue excedido por los tribunales del estado, tanto en el procedimiento para el retiro de la autorización para ejercer la profesión como en aquel para la apertura de la clínica del act

5.4.1.2 Caso Dudgeon vs. Irlanda

El caso fue sometido a la Corte por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Fue originado por una denuncia de un ciudadano británico – el señor Jeffrey Dudgeon- contra Reino Unido e Irlanda del Norte.

El señor Dudgeon es un ciudadano británico de 35 años, se desempeña como secretario de envío, en Belfast, Irlanda del Norte. Es homosexual y su reclamo frente a la Corte se fundamenta en el artículo 8 del Convenio Europeo -respeto a la vida privada- ya que alega que el derecho existente en Irlanda del Norte tipifica como ofensas criminales los actos privados entre homosexuales adultos.

La Corte reafirma el principio de que es competencia del Estado fijar las medidas para salvaguardar la defensa de la moral en su sociedad y la edad bajo la cual los jóvenes serán protegidos por el derecho penal.

Sin embargo la Corte concluye que Mr. Dudgeon sufrió y aun sufre una interferencia injustificada sobre su derecho al respeto a la vida privada, ya que el Estado no demuestra que dicha interferencia sea necesaria en una sociedad democrática.

Además determina, en aplicación del artículo 50 del Convenio Europeo, como justa satisfacción para la víctima, la recomendación de que Irlanda del Norte cambie su ley a fin de armonizarla con la que vigente en todo el Reino Unido, de modo que no intervenga en la vida privada de los homosexuales. Considera que dicha resolución es suficiente por lo que no condena al Estado a una compensación económica.

5.4.1.3 Caso Modinos vs. Chipre

El caso fue referido a la Corte por la Comisión de Derechos Humanos el 21 de febrero de 1992. El actor es un homosexual, presidente del Movimiento de Liberación de Homosexuales en Chipre. Demanda ante la Corte la violación por el Estado del artículo 8 del Convenio Europeo, ya que afirma que ciertas disposiciones legales vigentes en el Estado que criminalizan actos entre homosexuales le producen sentimientos nocivos para su salud física y mental.

La Corte resuelve que sí hay una interferencia al derecho que establece el artículo 8 de la Convenio Europeo por parte del Estado, sin embargo, determina que la legislación chipriota carece de una debida justificación para tal interferencia ya que no prevé acciones que eviten la persecución de homosexuales.

En cuanto a la reparación, la Corte considera que encontrar al Estado responsable de la violación al artículo 8 del Convenio Europeo es suficiente reparación.

5.4.1.4 Caso Loizidou vs. Turquía

El caso fue remitido por el Gobierno de la República de Chipre en noviembre de 1993 a la Corte contra el Estado de Turquía.

Loizidou es una nacional Chipriota que creció en el Norte de Chipre, es dueña de terrenos en dicho lugar, los cuales -al presentarse la invasión turca a Chipre, el 20 de julio de 1974- no pudo atender toda vez que las fuerzas turcas no lo permitían, por lo adujo ante la Corte la violación a su derecho de

propiedad privada. Además alegó ser privada víctima de la privación de su libertad personal por autoridades turcas por su sola participación en una manifestación.

La Corte determina que el reconocimiento de Estados no es un precondition para presentar un caso a la Corte ya que lo que en última instancia podría verse afectado sería el sistema de ejecución colectiva de sentencias por la falta del reconocimiento de Estados y gobiernos.

La Corte resuelve que los actos de un Estado pueden ejecutarse incluso fuera del territorio donde ejerce plena jurisdicción, mediante la actuación de sus agentes, lo que podría generarle responsabilidad internacional. La responsabilidad del Estado puede producirse por actos llevados a cabo por sus autoridades, fuera de su territorio, como el caso de una acción militar y de la responsabilidad deriva del control que se ejerce sobre dicho territorio.

Señala que el Convenio Europeo es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes, por lo que no pueden ser interpretadas en razón de las intenciones no vigentes. Su interpretación debe buscar que el Convenio sea eficaz, es decir, que garantice la salvaguardia de los derechos. El acuerdo de las partes debe verse reflejado en la interpretación que se realice sobre el Convenio Europeo, la cual debe atender el objeto y propósito del instrumento.

Encuentra al Estado responsable de la violación continúa al artículo 8 del Convenio Europeo relativo al Derecho de Propiedad. Por lo que respecta al derecho al respeto a su casa, la Corte no halla responsable al Estado, toda

vez que la actora no habitaba el lugar, de ahí que no pueda considerarse como su hogar.

5.4.1.5 Caso Leyla Sahin vs. Turquía

El caso fue presentado por Leyla Sahin, quien nació en el año de 1973 en Estambul, quien viaja en el año de 1999 a la Facultad de Medicina de Viena para continuar sus estudios. Pertenece a una familia musulmana tradicional, que reconoce como un deber derivado de su religión, el usar velo.

Por circular del Vice - Canciller de la Universidad se determina que los alumnos que usen velo o se cubran la cabeza serán dados de baja de la lista de estudiantes y no será admitida su entrada a cursos de lectura o tutorías.

La actora alegó ante la Corte que la prohibición de usar el velo constituía una interferencia ilegal a su derecho a la libertad de religión consagrado en el artículo 9 del Convenio Europeo.

La Corte resuelve que efectivamente existe una interferencia a la libertad de religión, sin embargo, la misma se justifica legalmente. La restricción fue debidamente comunicada a todos los alumnos, por lo que la responsabilidad de acatarlas para no verse privada de las clases, es de la demandante.

Señala que el derecho a la libertad de religión no es absoluto, ya que puede ser objeto de restricciones derivadas de los derechos y libertades de los sujetos que profesan creencias diversas o no las tienen.

Finalmente afirma que la libertad de profesar una religión es uno de los elementos vitales que forman la identidad de los creyentes y su concepción

sobre la vida. Tal libertad comprende el hecho de profesar o no una religión. Sin embargo, dicha disposición no protege cada acto motivado o inspirado por la religión sobre todo porque en países donde existe una pluralidad de religiones o creencias deben establecerse restricciones a dicha manifestación con el fin de reconciliar intereses de los diferentes grupos y asegurarse de que cada creencia sea respetada.

5.4.1.6 Caso Cruz Varas vs. Suecia

El caso fue referido a la Corte, el 11 de julio de 1990 por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Los actores son el Señor Héctor Cruz Varas, su esposa la señora Magaly Maritza Bustamento Lazo y su hijo Ricardo cruz, que nació en 1985.

Todos ellos son nacionales chilenos que durante la dictadura de Ernesto Pinochet huyeron hacia Suecia donde solicitaron asilo político, el cual les fue negado y en consecuencia, Héctor Varas fue expulsado a su país, mientras que su esposa e hijo tuvieron que aguardar en Suecia hasta en tanto se resolviera su situación jurídica.

El señor Héctor argumentó que tenía miedo de regresar a su país en razón de que fue miembro activo de un movimiento opositor a la dictadura y estuvo muy inmiscuido en los aspectos políticos del país y en razón de ello, podía ser perseguido. Por lo que argumenta que Suecia violó su derecho contenido en el artículo 3 del Convenio Europeo, el cual establece que ninguna persona podrá ser sujeto de torturas o tratos degradantes o inhumanos, que podría sufrir si era regresado a su Estado.

Al resolver la cuestión, la Corte determina que la Comisión es quien debe establecer y verificar los hechos y sólo en circunstancias excepcionales la Corte puede llevar a cabo esta función en la medida en que no le son vinculantes los resultados de los hechos, ya que es libre de realizar su apreciación a la luz del material que tiene.

Resuelve que de los hechos expuestos no se desprende que la expulsión expusiera al actor a un riesgo de ser víctima de tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, por tanto, no existen las bases suficientes que permitan sostener que es fundado el miedo que alegó tener.

La Corte no encuentra responsable al Estado sueco de la violación del respeto a la vida familiar del actor, al separar al señor Varas de su familia, en razón de que la decisión del Estado no fue arbitraria, ya que demostró que el rechazo del asilo político al demandante fue la excepción en relación alto número de peticiones resueltas en sentido positivo.

Rechaza el alegato del señor Varas en relación con la imposibilidad para presentar pruebas o cualquier otro elemento para sostener su argumento, toda vez que tuvo la oportunidad para hacerlo y de los elementos probatorios presentados se desprende que su argumento era infundado.

5.4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

5.4.2.1 Caso Loayza Tamayo vs. Perú

Loayza Tamayo es una nacional peruana la cual fue sujeta de una detención que se prolongó por diez años a partir de una denuncia, la cual la involucraba con un grupo subversivo denominado Sendero Luminoso, en

dicha detención fue objeto de tratos inhumanos, degradantes y vejatorios de sus garantías, tendentes a que se declarara culpable del delito que se le imputaba. Fue también exhibida frente a los medios, con un traje a rayas, acto en el cual se le imputó el delito de traición a la patria.

La Corte cita un criterio que ha sostenido para admitir la excepción del estado que fue presentada de forma extemporánea. Determina que dentro de los límites de temporalidad y razonabilidad, ciertos retrasos pueden ser admitidos siempre y cuando no quebranten el equilibrio entre la justicia y la seguridad pública.

En cuanto al fondo del asunto, el 12 de enero de 1995, la Comisión somete el caso ante la Corte y solicita que dicho órgano declare que el Estado peruano ha violado los siguientes derechos establecidos en la Convención Americana en contra de Loayza Tamayo: 7 -derecho a la libertad personal-, 5 -derecho a la Integridad Personal-, 8 -garantías judiciales- y 25 relativo a la protección judicial

Respecto del artículo 8.4 de la Convención Americana que consagra el principio de *non bis in idem*, la Corte considera que el Estado peruano violó tal disposición al juzgar dos veces por los mismos delitos a Loayza, primero ante una instancia ordinaria y después ante una instancia de carácter militar. En cuanto a sí los tribunales militares son parciales y carecen de independencia -artículo 8.2- la Corte considera que no es necesario entrar al estudio ya que la víctima fue absuelta ante dicha instancia.

La Corte establece que cuando el Estado realiza un acto ilícito con trascendencia internacional, incurre en responsabilidad internacional y por tanto, está obligado a reparar los mismos. Por reparación debe entenderse las diversas formas en que un Estado puede hacer frente a su responsabilidad. Señala que las reparaciones deben guardar relación con las violaciones atribuidas al Estado.

En cuanto a otras formas de reparar, la Corte determina por lo que respecta a las medidas de *restitutio in integrum*, que el Estado peruano debe liberar a actora, reintegrarla al servicio profesional que realizaba, garantizarle el pleno goce en su derecho de jubilación, desde el momento de su detención y, que ninguna resolución adversa emitida durante el proceso al cual fue sometida tendrá algún efecto legal alguno. También decreta una indemnización compensatoria.

En relación con el deber de actuar en el orden interno, la Corte recomienda al Estado realizar los actos tendentes a fin de no dejar impune la situación de Loayza Tamayo.

5.4.2.2 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala

El caso fue remitido a la Corte por la Comisión el 30 de enero de 1997. La Corte resolverá si hubo violación de los siguientes derechos: 1° -obligación de respetar los derechos-, 4 -derecho a la vida-, 5 -derecho a la integridad personal-, 7 -derecho a la libertad personal-, 8 -garantías judiciales- y 25,

relativo a la protección judicial. Violaciones derivadas del secuestro, tortura y asesinato de cinco niños, entre ellos Villagrán Morales.

En relación con el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana la Corte resuelve, mediante la aplicación de un criterio de la Corte Europea, que el Estado viola dicha disposición, al no reconocer las detenciones de las que fueron sujetos los jóvenes asesinados, lo que se constituye en una negación del derecho a la libertad personal.

En cuanto al derecho a la vida, la Corte considera que es un derecho humano fundamental, un prerrequisito para el goce del resto de los derechos contenidos en la Convención Americana por lo que debido a su carácter fundamental no permite la aplicación de enfoques restrictivos.

El derecho a la vida, señala, debe entenderse en dos sentidos: que nadie pueda ser privado de la vida -obligación de no hacer- y que el Estado garantice el acceso a condiciones que permitan una existencia digna, como una obligación de hacer. En atención a dichas consideraciones, la Corte encuentra responsable al Estado de la violación de este derecho.

En relación con el derecho a la integridad personal (artículo 5), la Corte analiza tal cuestión desde dos enfoques: por una parte, determinar si hubo violación de tal derecho en perjuicio de los jóvenes y, segundo, si los familiares fueron sujetos de tratos crueles, inhumanos y degradantes, producto del sufrimiento causado por la forma en que se llevó a cabo la investigación de los hechos. También encuentra responsable al Estado por la violación de este derecho.

5.4.2.3 Caso “La última tentación de Cristo” vs. Chile

El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el presente caso a la Corte, contra el Estado chileno, con la finalidad de que decida si hubo violación de los siguientes derechos: artículo 13 - libertad de pensamiento y expresión- y artículo 12 -libertad de conciencia y religión-, en contra fundamentalmente de la sociedad chilena, por la censura judicial impuesta a la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”.

En relación con el artículo 13, la Corte resuelve que la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual como la manifestación de las ideas y una dimensión social, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo.

Ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser protegidas simultáneamente. También establece que la censura previa si está permitida sólo en relación con los espectáculos públicos a fin de mejorar su regulación en cuanto a su acceso, para protección de los niños y adolescentes. Fuera de esos casos, toda restricción debe considerarse como una obstrucción al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 13.

La Corte considera que el Estado viola este derecho toda vez que la censura previa establecida en la exhibición de la película carece de justificación.

5.4.2.4 Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana

Este caso se origina cuando el registro civil del Estado de República Dominicana niega a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento lo cual las deja en una situación de apátridas, que se prolonga

por varios años. El caso se presenta ante la Corte bajo el argumento de que no existe el medio legal idóneo a través del cual las niñas pudieran hacer exigible su inscripción en el registro civil del Estado.

El argumento de la Comisión para sostener que las niñas tenían el derecho de reclamar la expedición de su acta se fundamenta en el *ius soli*, único requisito que exige la legislación dominicana para otorgar la nacionalidad.

La Corte desarrolla el concepto de nacionalidad establecido en el artículo 20 de la Convención Americana, señala que es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado, precisa que es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en diversos instrumentos internacionales y que es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención.

Destaca que la importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga a una persona a un Estado determinado, permite que el individuo *adquiera y ejerza* los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política, por lo que la nacionalidad es un *prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos*.

La Corte señala que la nacionalidad tiene un doble aspecto: como amparo jurídico -vínculo con el Estado- y como protección del individuo, al evitar se le prive de los derechos que son adquiridos como nacional de un Estado.

Finalmente la Corte resuelve que la determinación de quiénes son nacionales es competencia exclusiva de los Estados. Sin embargo, refiere que su discrecionalidad ha disminuido en atención a un conjunto de

restricciones con el fin de evitar decisiones arbitrarias de los Estados. Los principales límites a dicha discreción son la protección igualitaria a toda persona y el deber del Estado de reducir los casos de personas apátridas.

La Corte señala un punto bastante importante, indica que la titularidad de los derechos no prejuzga sobre la subjetividad jurídica de la persona, es decir, el hecho de que no todas las personas posean una capacidad de ejercicio como es el caso de los menores, no significa que estas personas no sean sujetos de derecho ya que lo son, conservan la titularidad de los derechos reconocidos, no obstante que su ejercicio dependa de otra persona.

De igual forma la Corte reconoce que la nacionalidad es un prerequisite para adquirir el reconocimiento de la personalidad jurídica. La falta de reconocimiento de esta última provoca la negación de la persona como sujeto de derechos lo que coloca al individuo en una situación de vulnerabilidad, ya que al serle negado la titularidad de derechos puede hacerlo víctima de posibles violaciones de los mismos.

Concluye que los efectos de la falta de nacionalidad constituyen una violación de la personalidad jurídica de toda persona.

5.4.2.5 Caso Claude Reyes y otros vs. Chile

El 8 de julio de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte el presente caso, solicita que resuelva que el Estado ha violado el artículo 13 -libertad de pensamiento y expresión- y 25 -derecho a la protección judicial- en relación con el artículo 1.1 –deber de respetar los

derechos- y artículo 2- deber de adoptar disposiciones de orden interno-, todos ellos de la Convención Americana.

Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero - víctimas en el presente caso- solicitaron información al Comité de Inversiones Extranjeras sobre un proyecto de deforestación a cargo de la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, sin embargo, dicho Comité se negó a brindar la información sin justificación alguna. Por lo cual no sólo argumentan se violó su derecho al acceso a la información sino también la protección judicial, al no existir los medios idóneos a través de los cuales pudieran hacer exigible su derecho.

La Corte resuelve que el Estado tiene la obligación no sólo de expedir las leyes necesarias para armonizar el tratado internacional que se ha adoptado y el orden jurídico interno, sino que también debe abrogar todas aquellas disposiciones que obstaculicen de una u otra forma el compromiso internacional asumido por el Estado.

Señala que el artículo 13 de la Convención Americana protege el derecho de acceso a la información que tiene toda persona y que el Estado tiene una obligación positiva de proporcionarla y que para ello no es necesario que el individuo acredite tener un interés directo para poder solicitar dicha información.

El actuar del Estado debe basarse en los principios de publicidad y transparencia. El derecho al acceso a la información puede tener restricciones, siempre que éstas sean legales, que respondan a un objetivo

establecido en la Convención y, necesarias, esto es, que satisfagan un interés público.

La Corte resuelve que el Estado es responsable por contravenir el deber adoptar disposiciones internas al no establecer las medidas necesarias de orden interno para cumplir con la Convención Americana.

Encuentra responsable al Estado de violar el derecho de protección judicial ante la determinación del órgano jurisdiccional nacional de negar la procedencia de la acción de las víctimas sin fundamento jurídico.

Como forma de reparación la Corte determina que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que se configure un auténtico derecho al acceso a la información y capacitar a su personal sobre el mismo, a fin de brindar un servicio efectivo.

5.5 Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos

5.5.1 Algunas Consideraciones sobre los grandes avances en la regulación de los derechos en la Carta

Por lo que respecta a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos *–en lo sucesivo Corte–*, aún no opera. Fue establecida por el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el cual entró en vigor el 25 de enero de 2004.

Aún no se ha elaborado el Estatuto de la Corte ni se ha establecido el lugar donde tendrá su sede. La razón por la cual se excluyó su establecimiento de la Carta fue precisamente porque no fue siquiera considerada. De ahí que

haya sido hasta hace seis años que se crea el instrumento internacional que le da vida.

Como se dijo con anterioridad, al menos en papel, el sistema africano supera a los sistemas europeo y americano, sobre todo en lo referente a la regulación de los derechos -tanto civiles y políticos como sociales, culturales y económicos-, todos ellos en un solo instrumento.

Contemplar los derechos del pueblo como elemento fundamental de una carta de derechos humanos, son aspectos que nos permiten hablar positivamente de dicho sistema.

También es cierto que debe resaltarse el alto compromiso de la mayoría de los países africanos con relación al respeto de los derechos humanos, al menos eso puede concluirse del hecho de que la mayor parte de los países son parte de la Carta.

Como se ha dicho también existe la propuesta de fusionar la Corte con la Corte Africana de Justicia – órgano judicial de la Unión Africana-, sin embargo, no se ha aprobado dicho proyecto.

El sistema africano pinta para ser muy efectivo, sin embargo, no debe perderse de vista que en la mayoría de los países africanos existen actualmente tensiones, de carácter político y militar y que ello en cierta forma no permite avanzar en aspectos como este, la protección del individuo.

De no establecerse la Corte, todo lo dispuesto en la Carta será letra muerta sin posibilidad de aplicación, ya que sólo a través de instancias

jurisdiccionales es posible determinar si en la práctica son efectivas las disposiciones contenidas en la Carta.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El nuevo Derecho Internacional Público surge a partir de que nuevas formas jurídicas de actuación han sido legitimadas, como el individuo, quien ya tiene presencia internacional derivada de un conjunto de actos jurídicos que lo reconocen como titular de derechos, responsable internacionalmente y con *ius standi* ante tribunales internacionales.

SEGUNDA. Las fuentes del Derecho Internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (y algunas otras como el *soft law* no incluidas en dicho ordenamiento) ayudan a justificar el carácter de “persona” del individuo en sede internacional.

TERCERA. La existencia de la subjetividad internacional del individuo ha dejado de ser el tema a desarrollar por la doctrina del Derecho Internacional, porque ésta ya se reconoce ampliamente, lo que ahora se precisa son sus alcances, es decir, hasta qué punto puede el individuo ser un sujeto internacional.

CUARTA. El auge de ciertos ámbitos del Derecho Internacional a partir de la costumbre internacional es una realidad que permite afirmar que las prácticas diarias de los sujetos del derecho internacional es aún la regla más importante en este orden. La subjetividad internacional del individuo es una de estas prácticas, la cual con el paso del tiempo adquiere mayor obligatoriedad, sobre todo en aquellos ámbitos que más comprometen a los Estados.

QUINTA. Los tratados internacionales han llegado a constituirse en la prueba más clara de que el individuo es un sujeto del Derecho Internacional, al ser en la práctica una de las fuentes que más se emplea por la comunidad internacional. El problema que surge en torno a esta fuente no radica en la falta de normas escritas que reconozcan esta subjetividad internacional, sino en la falta del cumplimiento de las obligaciones derivadas de ellos.

SEXTA. El *soft law* es un tema olvidado en el estudio de las fuentes del Derecho Internacional, a pesar de que los actos que tienen esa condición proliferan en el ámbito internacional y gran parte de ellos han sido producto del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que su debida valoración contribuiría en gran medida en la justificación de la subjetividad internacional del individuo.

SÉPTIMA. La jurisprudencia que se ha desarrollado en el ámbito del Derecho Penal Internacional en torno a la responsabilidad internacional del individuo muestra que hoy en día existe una instancia ante la cual la persona responsable por la comisión de crímenes internacionales puede ser juzgada

y así evitar la impunidad, cuando el derecho interno de los Estados resulta ineficaz para sancionar tales conductas.

OCTAVA. En el ámbito del derecho internacional de protección de los derechos humanos se presenta una importante evolución de la subjetividad internacional del individuo, al mantener vigente gran parte de las disposiciones que lo integran, mediante el desarrollo del contenido de los derechos otorgados a todos los individuos, en su aplicación e interpretación al caso concreto.

NOVENA. Por todas las anteriores razones se sostiene la afirmación de que el individuo es un sujeto del Derecho Internacional, subjetividad que debe estar sujeta a cambios constantes con la finalidad de hacer más eficaces el conjunto de normas que lo integran.

BIBLIOGRAFÍA

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 1° ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, pp. 455.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, second edition, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 558.
- CASTAÑEDA, Jorge, *Obras Completas (Naciones Unidas)*, 1° ed., Colegio de México, México, 1995, PP. 464.
- CRAWFORD, James, *The creation of states in International Law*, 2° ed., Oxford University, Oxford, 2006, pp.870.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, S.N.E., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 894.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 10° ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 739.
- GOLDSMITH, Jack L., and A. POSNER, Eric, *The limits of International Law*, S.N.E., Oxford, University Press, U.S.A, 2005, pp. 262.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Ius Cogens Internacional: estudio histórico - crítico*, 2° ed., IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 195.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, S.N.E., UNAM-IIJ, México, 1989, pp. 180.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, 1° ed., UNAM - Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 439.
- KELSEN, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, S.N.E., El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pp. 397.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 1° ed., Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., México, 2008, pp. 240.
- MALANCZUK, Peter, *A modern introduction to International Law*, 7° ed., Routledge, London, 1997, pp. 449.
- ORAA ORAA, Jaime, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentario en su 50 aniversario*, S.N.E., Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, pp. 89.
- PONS RAFOLS, Xavier, *Codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a las Organizaciones Internacionales*, S.N.E., José María Bosh Editor, S.A., Barcelona, 1995, pp. 151.
- QUESADA POLO, Santiago, *La presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Material de Trabajo del I Máster sobre protección internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España, 2004-2005.

- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público (Derecho de los Tratados)*, pp. 309.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, 26° ed., Porrúa, México, 2009, pp. 737.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando (coord.), *Ciencia jurídica y constitución*, México, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, 1998, pp. 432.
- SORENSEN, Max (compilador), *Manual de Derecho Internacional Público*, S.N.E., Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pp. 819.
- T. HALAJCZUK, Bohdan y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, 3° ed., Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1999, pp. 1000.
- TORROJA MATEU, Helena, *El Derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Bosh, España, 2007, pp. 215.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, 1° ed., Trotta, Madrid, 2002, pp. 1028.
- REYES DÍAS, Carlos Humberto (coord.), *Temas selectos de comercio internacional*, Porrúa – Facultad de Derecho, UNAM, México, 2008, pp. 512.
- TREVES, Tullio, *Customary International Law*, Max Planck, Encyclopedia of Public International Law.

HEMEROGRAFÍA

- Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, Vol. VII, ISSN 1870-4654.
- Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, Volumen VIII, ISSN 1870 – 4654
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, en Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 835, 1999, <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html>.
- EL EXTRANJERO, Revista de la Facultad de Derecho – UNAM, febrero 2010, <http://www.elextranjero.com.mx/>.

LEGISLOGRAFÍA

- Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
- Carta de las Naciones Unidas
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
- Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
- Convención contra la tortura, y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales
- Convención sobre los derechos del niño
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
- Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia
- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda
- Estatuto de la Corte Penal Internacional
- Tratado de libre Comercio México y la Unión Europea
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

OTROS

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: <http://www.un.org/es/>
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: <http://www.un.org/law/ilc/>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: <http://www.cidh.org/>

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: <http://www.corteidh.or.cr/>
- CORTE PENAL INTERNACIONAL: <http://www.icc-cpi.int/>
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: <http://www.echr.coe.int/echr/>
- HUMAN RIGHTS WATCH: <http://www.hrw.org/es>
- ORDEN JURÍDICO NACIONAL: <http://www.ordenjuridico.gob.mx>
- SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR:
<http://www.sice.oas.org/>