



DDHH.GOI/1915/0123

Bogotá, D.C., 26 de enero de 2009

Señor Secretario,

Tenemos el honor de dirigirnos a Su Señoría en nombre del Gobierno de Colombia, con el objeto de atender la invitación de la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la H. Corte o CorteIDH) para presentar comentarios y observaciones a la solicitud de opinión consultiva elevada por la República Argentina en relación con la “interpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en particular con “la figura del juez *ad-hoc* y la igualdad de armas en el proceso ante la Corte Interamericana en el contexto de un caso originado en una petición individual”, así como respecto de “la nacionalidad de los magistrados [del Tribunal] y el derecho a un juez independiente e imparcial”.

Sobre el particular, adjunto las observaciones del Gobierno de Colombia sobre los puntos sometidos a consulta, con el fin de nutrir la opinión de la Corte al respecto.

A Su Señoría
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José de Costa Rica



A. La figura del juez “ad-hoc” y la igualdad de armas en el proceso ante la Corte en el contexto de un caso originado en una petición individual.

La República de Argentina solicita a la H. Corte su opinión en relación con la interpretación del artículo 55.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o la CADH), toda vez que considera que la práctica reiterada de la Corte al respecto debe ser reexaminada, con el fin de “limit[arse] el derecho de los Estados a nombrar Juez ad-hoc en aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte reconozca origen en una denuncia interestatal.”

De esta forma, se pregunta específicamente a la H. Corte si *“De acuerdo a lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 55.3, ¿la posibilidad de designar un juez ad-hoc debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal?”*

Si bien ha sido solicitada la interpretación del artículo 55, y a pesar de que la Corte ha sustentado en dicha norma el derecho de los Estados de nombrar Juez *ad-hoc* en casos originados en peticiones individuales, el Gobierno de Colombia considera que esta práctica ha tomado autonomía jurídica y empírica, cristalizándose como una costumbre regional de derecho internacional, por los argumentos que se exponen a continuación.



- El derecho al Juez *ad-hoc*: norma interamericana consuetudinaria.

Como efecto del proceso de codificación que sufrió el derecho internacional en el siglo XX, el cual continúa en el presente, se tiende a observar como fuente preferente del derecho internacional los tratados o convenios internacionales. Sin embargo, esta tendencia desatiende la letra del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “Estatuto CIJ”), el cual lista las fuentes del derecho internacional y fija la naturaleza de cada una de éstas. Dicha norma reza que:

- “1. 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;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”



Libertad y Orden

Esta norma ha sido reconocida por los más eminentes ius internacionalistas¹, como aquella en donde se consagran las fuentes del derecho internacional². Así mismo, se ha resaltado que en *stricto sensu* las fuentes del derecho internacional son las referidas en las letras a., b., y c. del artículo transcrito. Frente a las decisiones judiciales, a pesar de que el texto de artículo 38 se refiere a ellas como “criterio auxiliar”, dentro de la doctrina existe un debate en su carácter formal como fuente³. Contrario a lo que sucede con la doctrina, respecto de la cual existe coincidencia alrededor de su naturaleza auxiliar⁴.

De esta forma, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuanto a lo normativo, se compone de manera principal tanto de los tratados, convenios o protocolos en la materia, como por la costumbre interamericana forjada a través de la práctica interestatal y de los órganos del SIPDH, y por los principios generales del derecho, y; de

¹ Pastor Ridruejo, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003. Pg. 65; Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, Sixth Edition, 2003. Pg. 4 y 5; Shaw, M. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Pg. 66 y 67

² No obstante las fuentes del derecho internacional no se agotan en el listado de dicho Artículo 38.

³ Por ejemplo para Brownlie “[j]udicial decisions are not strictly speaking a formal source” (Brownlie Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, Sixth Edition, 2003. Pg. 19.). En igual sentido, Shaw sostiene que las decisiones judiciales tiene carácter subsidiario. (Shaw, M. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Pg. 103). Sin embargo para Scelle, Giraud y Pastor consideran a la jurisprudencia como fuente formal del derecho internacional (Scelle, G. *Tours de Droit International Public*. Paris, 1948. p. 596, y Giraud. E. “Le Droit International Public et la Politique. En *R. es C.*, III, vol. 110, 1963, citados por Pastor Ridruejo, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003. Pg. 82)

⁴ Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público* Madrid: Tecnos, 2005. Pg. 126.



Libertad y Orden

forma auxiliar, por la jurisprudencia y doctrina de la CorteIDH y de la Comisión.

Dentro de este marco, la Corte Interamericana ha sustentado en los numerales 2 y 3 del Artículo 55 de la Convención⁵, así como en su Estatuto (Artículo 10⁶) y Reglamento (Artículo 18.17), el nombramiento de juez *ad-hoc* en los eventos de demandas impetradas por la CIDH, en tanto que dentro del cuerpo de magistrados regulares ninguno sea de la nacionalidad del Estado Parte demandado.

Sin embargo, el Gobierno de Colombia considera que el nombramiento de Juez *ad-hoc* a instancias de la Corte Interamericana, en procesos

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Artículo 55 II 1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo. II 2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*. II 3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*. II 4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52. II 5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá." (subraya fuera del texto)

⁶ Reglamento de la CorteIDH. "Artículo 10 Jueces *ad hoc*. II 1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados que sean partes en un caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del caso. II 2. Si uno de los jueces llamados a conocer de un caso fuera de la nacionalidad de uno de los Estados que sean partes en el caso, otro Estado parte en el mismo caso podrá designar a una persona para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*. II 3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados partes en el mismo, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*. Si varios Estados tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. II [...]" (subraya fuera del texto)

⁷ "Artículo 18. Jueces *ad hoc*. II 1. Cuando se presente un caso de los previstos en los artículos 55.2 y 55.3 de la Convención y 10.2 y 10.3 del Estatuto, el Presidente, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dichos artículos la posibilidad de designar un Juez *ad hoc* dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda. II [...]"(subraya fuera del texto)



Libertad y Orden

originados en peticiones individuales -al margen de estar sustentada en la letra de la propia CADH según la interpretación autorizada de la Corte-, se configura en el presente como un derecho procesal autónomo de los Estados Parte en la Convención, que emerge como norma consuetudinaria internacional de tipo regional⁸.

Esta norma consuetudinaria cumple con los requisitos que se desprenden del artículo 38.1.b) del Estatuto CIJ, a saber el *usus o duitumitas* (elemento objetivo o material) y la *opinio iuris sive necessitatis* (elemento subjetivo o espiritual).

El *usus* se encuentra manifiesto en la práctica reiterada de la CorteIDH en solicitar a los Estados el nombramiento de Juez *ad-hoc*, así como en su nombramiento o la ausencia de oposición estatal expresa dentro de los casos contenciosos. De esta forma, en al menos los siguientes asuntos, la Corte requirió a los Estados que le informaran el nombre del Juez *ad-hoc*, entendido éste como un derecho procesal de los Estados parte en la Convención:

1. Caso Valle Jaramillo. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, No 192.
2. Caso Ticona Estrada. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, No. 191.

⁸ Vale la pena recordar que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que es posible la existencia de la costumbre regional. En particular, en el Caso Relativo al Derecho de Asilo reconoció la posibilidad de la existencia de una costumbre internacional interamericana (ICJ. *Asylum Case* (Colombia / Perú) Judgment of november 20th, 1950)



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

3. Caso Tiu Cojín. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, No 190.
4. Caso Bayarri. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, No 187.
5. Caso Heliodoro Portugal. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, No 186.
6. Caso Apitz Barbera y Otros. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C, No 182.
7. Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 06 de mayo de 2008. Serie C, No 182.
8. Caso Pueblo Saramaka. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No 172.
9. Caso Alban Cornejo. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C, No 171.
10. Caso Chaparro Álvarez. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C, No 170.
11. Caso Boyce et. al. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, No 169.
12. Caso García Prieto. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, No 168.
13. Caso Zambrano Vélez. Sentencia del 04 de julio de 2007. Serie C, No 166.
14. Caso Escué Zapata. Sentencia del 04 de julio de 2007. Serie C, No 165.
15. Caso Masacre de La Rochela. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C, No 163.
16. Caso La Cantuta. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, No 162.
17. Caso Vargas Areco. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, No 155.
18. Caso Gouburú y Otros. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C, No 153.
19. Caso Sevellón García. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Serie C, No 152.
20. Caso Masacres de Ituango. Sentencia del 01 de julio de 2006. Serie C, No 148.
21. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
22. Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.
23. Caso López Álvarez. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
24. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

25. Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
26. Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
27. Caso de la "Masacre de Mapiripán". Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C No. 134.
28. Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
29. Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
30. Caso de las Niñas Yean y Bosico. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
31. Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
32. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
33. Caso Femín Ramírez. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
34. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
35. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
36. Caso Caesar. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
37. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120;
38. Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
39. Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.
40. Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
41. Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
42. Caso "Instituto de Reeducción del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
43. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
44. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
45. Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
46. Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
47. Caso Molina Theissen. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.
48. Caso Masacre Plan de Sánchez. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

49. Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
50. Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
51. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
52. Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.
53. Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
54. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
55. Caso de los 19 Comerciantes. Excepción Preliminar. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93. Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90. Párr.
56. Caso Cantos. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85.
57. Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.
58. Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81.
59. Caso Hilaire. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80.
60. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
61. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
62. Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
63. Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
64. Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
65. Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.
66. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.
67. Caso Trujillo Oroza. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.
68. Caso del Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55;
69. Caso Ivcher Bronstein. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54.
70. Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52;



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

71. Caso Durand y Ugarte. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50.
72. Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C No. 49.
73. Caso Blake. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48;
74. Caso Castillo Petruzzi y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C No. 41.
75. Caso Cantoral Benavides. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40.
76. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
77. Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36;
78. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35;
79. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32.
80. Caso Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30;
81. Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29;
82. Caso Blake. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.
83. Caso Garrido y Baigorria. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26.
84. Caso Loayza Tamayo. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25.
85. Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24.
86. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Excepciones Preliminares. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C No. 23.
87. Caso Maqueda. Resolución de 17 de enero de 1995. Serie C No. 18.
88. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.
89. Caso Cayara. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14.
90. Caso Neira Alegría y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13.
91. Caso Gangaram Panday. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12.
92. Caso Aloeboetoe y otros. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.



Libertad y Orden

93. Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.
94. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.
95. Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Así pues, si se revisa la práctica de la Corte en los casos contenciosos, es evidente cómo de forma repetida y constante – desde 1991, año tras año ha llevado a cabo esta práctica en los casos originados en peticiones individuales-, es decir, ha solicitado a los Estados demandados el nombramiento de Juez *ad-hoc*. Así mismo, en ningún caso el Estado se ha negado al nombramiento⁹, y en la mayoría de estos se ha llevado a cabo la investidura del juez *ad-hoc*. Lo anterior evidencia el carácter extensivo de la práctica, toda vez que la mayoría de los Estados demandados por la CIDH en casos originados en peticiones individuales, han recurrido a este derecho¹⁰.

Sobre el tiempo que requiere la cristalización de una costumbre internacional, es pertinente señalar que para su configuración no es necesario que la práctica de los sujetos de derecho internacional se reitere en un “largo” periodo de tiempo. Tal como lo expresó la CIJ en los *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte*:

“el hecho de que no haya transcurrido mas que un breve periodo de tiempo, no constituye necesariamente en si mismo un impedimento para la formación de una norma de Derechos Internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional.”¹¹

⁹ A pesar de que en algunos casos han dejado vencer el término para el nombramiento de juez *ad-hoc*, lo cual no puede ser leído como un rechazo a la práctica.

¹⁰ ICJ. *The North Sea Continental Shelf cases*. (Germany /Denmark / Netherlands) Judgment of February 20th, 1969. Pp. 54-74.

¹¹ ICJ. *The North Sea Continental Shelf cases*. (Germany /Denmark / Netherlands) Judgment of February 20th, 1969



Libertad y Orden

Adicionalmente, la práctica que nos ocupa se ha extendido durante toda la vigencia de actividad jurisdiccional adelantada dentro del Sistema Interamericano, es decir, sería imposible exigir un término mayor de tiempo para considerarla como costumbre internacional.

De esta forma, la práctica interamericana ha sido continua, repetida y uniforme, componentes esenciales para considerar la configuración del elemento material de la costumbre internacional¹².

Igualmente, podría indicarse que esta costumbre internacional no ha sido aprobada por todos los Estados Parte en la CADH, al punto que algunos han renunciado tácita o expresamente al nombramiento de *Juez ad-hoc*. Sin embargo, se debe aclarar que no es necesario el consentimiento expreso de todos los sujetos de derecho internacional involucrados en el *Law-Making process* de la norma consuetudinaria (para efecto, la Corte Interamericana, y los Estados Parte en la CADH). Las palabras de Brownlie ilustran al respecto:

“At present, when they gradually crystallize in the World community [in our case, Inter-American community], customary rules do not need to be supported or consented to by all States. For a rule to take root in international dealings it is sufficient for a majority of States to engage in a consistent practice corresponding with the rule and to be aware of its imperative needs. States shall be bound by the rule even if some of them have been indifferent or relatively indifferent, to it, [...]”

¹² Shaw, M. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pg. 72.



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

or at any rate have refrained from expressing either assent or opposition.”¹³

Adicionalmente, el derecho procesal de los Estados Parte en la Convención de nombrar Juez *ad-hoc* en los casos contenciosos ante la CorteIDH, surgidos de una petición individual y en el evento en que ninguno de los magistrados titulares sea de la nacionalidad del Estado demandado, goza de la *opinio iuris sive necessitatis*.

En lo atinente al elemento subjetivo, la CIJ señaló en el caso Nicaragua contra estado Unidos que:

“In considering the instances of the conduct above described, the Court has to emphasize that, as was observed in the *North Sea Continental Shelf* cases, for a new customary rule to be formed, not only must the act concerned ‘amount to settled practice’, but they must be accompanied by the *opinio iuris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is ‘evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*”¹⁴

Esta práctica goza, sin lugar a dudas, del elemento espiritual. Ello se prueba al observar la práctica misma. En primera medida, en los asuntos en los cuales la CorteIDH carece de un juez de la nacionalidad del Estado Parte demandado, ésta ha puesto de presente el derecho procesal del Estado de incorporar en la Corte a un Juez nombrado por el Estado emplazado. Así mismo, si el nombramiento desconoce las reglas jurídicas establecidas para el efecto (*v.g.*, el término de treinta días luego de la notificación de la demanda que tiene el Estado para nombrar el Juez *ad-*

¹³ Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, Sixth Edition, 2003. pg. 162

¹⁴ ICJ. *Nicaragua*. (Nicaragua / United States of America) Judgment of June 27th, 1986.



*hoc*¹⁵, o; las causales de impedimento, excusas e inhabilitación de las que habla el artículo 19 del Estatuto y del Reglamento de la Corte¹⁶) dicho nombramiento es declarado inválido, y por lo tanto dicho Juez queda excluido del caso. Es decir, los Estados consienten como obligatorio el cumplimiento de las normas procesales de nombramiento de Juez *ad-hoc* en los casos originados en denuncias individuales. Lo anterior se corrobora con el hecho de que en ninguno de los casos en que se ha declarado inválido el nombramiento por extemporáneo, los Estados han presentado quejas a la Corte por dicha decisión. En consecuencia, la actuación de los diferentes Estados no ha sido en ningún momento especulativa, todo lo contrario, siempre han actuado bajo la creencia de que existe una regla de derecho, y no por otros motivos.

Igualmente, la Presidencia de la H. Corte, así como su Secretaria, entienden como obligatoria esta práctica, al punto que con el mero cumplimiento de los presupuestos legales, aceptan la participación del Juez *ad-hoc* en este tipo de casos. A la par de ser una práctica continua y uniforme de la Corte, al menos hasta el año 2004, “absolutamente ningún juez [ha] objetado la designación de jueces *ad hoc* en casos originados en una demanda interpuesto por la Comisión”¹⁷. Así mismo, de la lectura de la jurisprudencia se denota que la CIDH sólo ha objetado la figura en una

¹⁵ Como sucedió por ejemplo en los casos *Alban Cornejo*. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C, No 171; *Chaparro Álvarez*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C, No 170, o; *Apitz Barbera y Otros*. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C, No 182.

¹⁶ Como aconteció en los casos *Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; *De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115; *Masacre de La Rochela*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C, No 163, o; *Heliodoro Portugal*. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, No 186.

¹⁷ Faundez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y procesales*. San José: IIDH. 2004. pg. 184.



Libertad y Orden

reciente ocasión¹⁸. Es decir, que en la práctica judicial de los órganos del Sistema Interamericano se evidencia también la *opinio iuris*.

En conclusión, el derecho de los Estados Parte en la Convención demandados ante la CorteIDH de nombrar un juez ad-hoc en casos originados en peticiones individuales -en el evento de carecer la H. Corte de un juez nacional del Estado requerido-, además de ser una práctica continua, repetida e uniforme dentro del contexto interamericano, es considerada por sus ejecutantes -esto es los Estados, la Corte y la Comisión-, una norma de derecho y no a una práctica de mera cortesía.

- El Reglamento y la doctrina de la CorteIDH debe sujetarse al *customary law*.

Ahora bien, toda vez que el derecho del Estado de designar Juez *ad-hoc* en casos contenciosos promovidos por la CIDH ante la CorteIDH es una norma consuetudinaria interamericana, es necesario reparar en si el Reglamento de la Corte o su doctrina, es decir, una opinión consultiva, puede contrariar dicho precepto jurídico.

En concepto del gobierno colombiano, los Reglamentos de los órganos del Sistema Interamericano, así como la doctrina por estos producida, debe ajustarse a las fuentes del derecho interamericano, tanto convencionales como de costumbre, por varias razones.

¹⁸ CorteIDH. Caso *Apitz Barbera y Otros*. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C, No 182.



Libertad y Orden

En primer lugar, la potestad reglamentaria de los órganos del SIPDH pende de la CADH¹⁹, y por lo tanto sus disposiciones deben encuadrarse en lo dispuesto en la Convención. De esta forma, los Reglamentos desarrollan el contenido convencional, y bajo ninguna circunstancia pueden establecer nuevas obligaciones a los Estados Partes, ni ampliar el alcance de las incorporadas en el tratado internacional.

De la misma forma, en tanto emerjan otras fuentes del derecho interamericano de los derechos humanos, bien sea a través de convenciones o protocolos, bien sea mediante la costumbre internacional, la potestad reglamentaria debe sujetarse a dichas fuentes formales. En consecuencia, el Reglamento de la CorteIDH no podría oponerse al derecho procesal del Estado de designar Juez *ad-hoc* en los casos contenciosos presentados por la CIDH.

En segundo lugar, las opiniones que la CorteIDH emite en ejercicio de su función consultiva, deben acomodarse también a lo prevenido en las fuentes formales del derecho del SIPDH.

Tal como se refirió anteriormente, según el artículo 38 del Reglamento CIJ, la doctrina tiene un alcance auxiliar de las fuentes formales del derecho internacional, y se encuentra subordinada jerárquicamente a la costumbre o los tratados²⁰. Las Opiniones Consultivas de la CorteIDH encuadran dentro del concepto de doctrina. Así lo ha entendido la misma Corte al distinguir la naturaleza de estos pronunciamientos, con la de los

¹⁹ El artículo 39 de la Convención establece que la CIDH se dictará su propio Reglamento; por su parte, el artículo 60 convencional señala lo propio en lo atinente a la CorteIDH.

²⁰ Shaw, M. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pg. 115.



Libertad y Orden

producidos en ejercicio de su competencia contenciosa. De esta manera, desde su primer Opinión Consultiva dilucidó el alcance meramente doctrinal de estos documentos, al señalar que:

“51. [...] las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico.”²¹ (Subraya fuera del texto)

Esta posición fue reiterada con posterioridad, cuando la CorteIDH sostuvo que:

“32. En un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer " que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados " (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones `no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”²². (Subraya fuera del texto)

Sin embargo, esto no significa que las Opiniones Consultivas carezcan de relevancia jurídica. La propia CorteIDH ha sostenido que estas tienen un

²¹ Cfr. CorteIDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1 del 24 de septiembre de 1982. Párr. 51.

²² Cfr. CorteIDH. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3 del 8 de septiembre de 1983. Párr. 32.



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

valor jurídico, al punto que pueden utilizarse como herramienta en el análisis de casos contenciosos²³. Es decir, que estas tienen un simple carácter auxiliar, y como tal deben considerarse doctrina internacional.

Conforme con lo anterior, la naturaleza auxiliar de la Opinión Consultiva carece del alcance para derogar una norma internacional consuetudinaria, como la que nos ocupa en esta oportunidad. Por lo tanto, se desconocerían los principios generales de derecho del sistema de fuentes del derecho internacional si, tal como lo solicita la H. República de Argentina, se excluye del ordenamiento jurídico interamericano, a través de una opinión consultiva, el derecho procesal de los Estados Parte de designar Juez *ad-hoc* en los asuntos contenciosos, en los casos originados en peticiones individuales, en los cuales la Corte carezca de un Juez titular de la nacionalidad del Estado Parte demandado.

- Inexistencia del supuesto desequilibrio procesal que produce el Juez *ad-hoc* o el Juez nacional.

Al realizar un estudio detallado de los casos despachados por la CorteIDH desde 1987, en ninguno de estos se evidencia que la participación del Juez *ad-hoc* haya desequilibrado la opinión de los Jueces titulares en favor del Estado Parte demandado. Si se revisan los casos, cien por ciento favorables al Estado, tanto por el archivo del caso debido a la procedencia

²³ Cfr. CorteIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Párr. 33; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-15/ de 14 de noviembre de 1997. Párr. 26, y; *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Párr. 16



Libertad y Orden

excepciones preliminares²⁴, como por la inexistencia de violación alguna a la CADH²⁵, se revela que ni el Juez *ad-hoc*, ni el Juez de la nacionalidad del Estado Parte emplazado, influyó en la decisión de la Corte. De hecho, en dichos casos el fallo de la Corte fue unánime. De igual forma, de los fallos parcialmente favorables al Estado, tampoco se puede sostener dicha afirmación.

Al contrario de lo sugerido por la H. República Argentina, en aquellos casos en los cuales el Juez *ad-hoc* ha proferido votos concurrentes, razonados o separados, no necesariamente han apoyado al Estado que los designó. Por ejemplo, en el caso *Blake* el gobierno guatemalteco designó como Juez *ad-hoc* al Señor Alfonso Novales Aguirre, quien emitió voto razonado en la sentencia de excepciones preliminares, voto concurrente en la sentencia de fondo y en la sentencia de reparaciones, y en ninguno de ellos favoreció los intereses del Estado de Guatemala.

En idéntico sentido, en el caso *Cantos* la República Argentina nombró como Juez *ad-hoc* al profesor Julio A. Barberis, de nacionalidad argentina. El Maestro Barberis expuso sus opiniones particulares al caso mediante voto razonado a la sentencia de fondo, las cuales beneficiaron a las víctimas.

Asimismo, en el caso *Masacre de Mapiripán* nuestro Gobierno eligió a Profesor Gustavo Zafra Roldan, de nacionalidad colombiana, para que fungiera como Juez *ad-hoc* dentro de la causa judicial. El Juez Zafra formuló voto razonado a la sentencia de fondo y reparaciones de la

²⁴ Cfr. CorteIDH. *Caso Cayara. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14, y; Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.*

²⁵ Cfr. CorteIDH. *Caso Nogueira Carvalho y Otro. Sentencia del 28 de noviembre de 2006. Serie C, No. 161.*



Libertad y Orden

CorteIDH, del cual no se desprende contribución alguna a los intereses litigiosos del Estado demandado.

Igualmente, en caso *Tibi*, la H. República de Ecuador optó por el jurista Hernán Salgado Pesantes, -ecuatoriano- en el cargo de Juez *ad-hoc*, quien razonó su voto con sendas afirmaciones respecto de la responsabilidad internacional del Estado en el caso.

En todo caso, inclusive en asuntos en los cuales algunos sectores alegan que el Juez *ad-hoc* ha agraciado los intereses que Estado que lo ha nombrado²⁶, resulta difícil afirmar que la opinión de dicho Juez favoreciese los intereses del demandado, al punto de desnivelar el debate jurisdiccional y las resoluciones de la Corte en su favor.

En resumen, a la práctica judicial del Juez *ad-hoc* –y nacional en algunas ocasiones- en los casos originados en peticiones individuales, no puede atribuírsele una influencia procesal en desmedro del Comisión o de las víctimas, y en consecuencia carece de sustento fáctico el supuesto desequilibrio procesal que éste produce.

- Aspectos positivos del Juez *ad-hoc* en el Litigio Internacional y en el Sistema Interamericano.

Por último, el Gobierno de Colombia desea destacar algunos efectos positivos del Juez *ad-hoc* en el litigio internacional, particularmente cuando dicho Juez es nacional del Estado demandado.

²⁶ Como por ejemplo los señalamientos que hace el doctrinante Faundez Ledesma de la opinión del Juez Charles Broker en el voto razonado de la sentencia de reparaciones del caso Trujillo Oroza. Sin embargo, en esta misma sentencia, la CorteIDH (incluyendo el Juez Broker) ordenó las reparaciones a favor de las víctimas de forma unánime.



Libertad y Orden

En primera medida, el Juez *ad-hoc* nacional es un importante apoyo para la Corte en el conocimiento del sistema legal del país demandado. Así pues, los Jueces titulares tienen la posibilidad de preguntar al Juez *ad-hoc* cuestiones relativas a las circunstancias particulares del Estado y sus instituciones²⁷. Esta posibilidad es supremamente importante para el análisis que adelanta la Corte, en particular en cuanto al diseño de las medidas de reparación ordenadas mediante sentencia, ya que a través del conocimiento que puede proveer del Juez *ad-hoc* es posible ajustar las reparaciones o la forma de su cumplimiento, a la realidad institucional nacional, y así no generar falsas expectativas en las víctimas y sus familiares.

En segundo lugar, esta figura es positiva para la difusión del Sistema dentro de los Estados, toda vez que la participación de un nacional en el estudio, deliberación y decisión del caso, produce un especial interés en el orden local. Adicionalmente, debido al alto reconocimiento de la investidura judicial de la Corte, los Jueces son invitados a participar en foros y debates académicos, lo cual enriquece la promoción de los derechos humanos en el Hemisferio.

B. La nacionalidad de los magistrados y el derecho a un juez independiente e imparcial.

De otro lado, la H. República de Argentina señala en su solicitud que “la oportunidad es propicia para reflexionar sobre la eventual necesidad de adoptar medidas tendientes a garantizar, en la mayor medida posible, una decisión exenta de toda influencia, directa o indirecta, que eventualmente

²⁷ Schwebel, Stephen. “National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice”. Pp. 894. En: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4 (Oct., 1999), pp. 889-900.



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

pudiera suscitarse en torno a un determinado caso en virtud de la nacionalidad de un magistrado de la Corte”

De esta forma solicita la opinión de la Corte respecto del artículo 55.1 de la Convención, de la siguiente forma: *“Para aquellos casos originados en una petición individual ¿Aquel magistrado nacional del estado denunciado debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden de garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia?”*

Colombia considera que la imparcialidad e independencia en las decisiones de la CorteIDH, es un valor de la mayor importancia, tanto para la protección de los derechos humanos en el Hemisferio, como para garantizar la legitimidad del mismo órgano. No obstante, no comparte la argumentación del Estado argentino el cual considera, según su consulta, que el juez nacional del Estado demandado pierde su imparcialidad e independencia por ese simple hecho.

Adicionalmente, el Estado quisiera resaltar que en la solicitud de Opinión Consultiva, en un primer momento se sostiene –con el fin de sustentar la consulta en relación con la figura del juez *ad-hoc*- que el artículo 55 de la Convención es aplicable únicamente a demandas inter-estatales, y con posterioridad – para sustanciar la pregunta relativa al Juez nacional- se extiende el alcance normativo del artículo 55 convencional a demandas entre la CIDH y un Estado Parte en la Convención. En opinión del Gobierno de Colombia, la inquietud del solicitante cobra pertinencia en relación con la imparcialidad e independencia con que obran los H. Jueces de la CorteIDH, la cual se garantiza por medio de las previsiones contenidas en los artículos 52, 71 y 73 de la CADH, y demás normas concordantes, y no con la norma citada por el solicitante.



Libertad y Orden

Es pertinente recordar, que el numeral 1 del artículo 61 del Reglamento de la Corte²⁸ señala los requisitos formales que deben contener las solicitudes de Opinión Consultiva presentada por los Estados americanos a la H. Corte, a saber:

- i. La identificación del tratado o convenio internacional, así como las partes específicas frente a las cuales se solicita la interpretación;
- ii. La o las preguntas específicas en relación con la normatividad señalada, y;
- iii. Las consideraciones que originan la consulta.

Así pues, en opinión del Gobierno de Colombia la solicitud de opinión consultiva, en lo atinente a su segunda pregunta, incumple en *strictu sensu* con estos requisitos formales, toda vez que su cuestionamiento no se refiere al artículo 55.1 de la Convención.

A pesar de éste yerro formal, el Gobierno de Colombia considera que la CorteIDH mantiene su competencia para conocer de la segunda solicitud de la República Argentina. En primera medida porque en el análisis sobre la competencia consultiva de la Corte “se debe ir más allá del formalismo rígido que impediría considerar preguntas que revisten interés jurídico para la protección y promoción de los derechos humanos”²⁹. En segundo

²⁸ Reglamento de la CorteIDH. “Artículo 61. Interpretación de otros tratados. II 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. II [...]”

²⁹ Cfr. CorteIDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Serie A, No. 19. Párr. 17; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 15, párr. 39, y; *Ciertas Atribuciones de la*



Libertad y Orden

Ministerio de Relaciones Exteriores

República de Colombia

Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

lugar, en razón de las amplias facultades que le otorga la Convención en el ejercicio de su función consultiva. Sobre el particular es pertinente recordar lo sostenido por la H. Corte en la Opinión Consultiva 19, en la cual señaló que:

“20. La Corte es competente para pronunciarse sobre la consulta, en la medida en que ésta atañe a un órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como es la Comisión Interamericana, y en que servirá para ilustrar sobre el alcance de las funciones atribuidas a ésta por la Convención Americana relativas a la promoción y defensa de los derechos humanos. Entre las atribuciones de la Corte figura la interpretación y aplicación de la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte dará respuesta a la presente solicitud en el marco de esta competencia.”³⁰

Así las cosas, la pregunta del Estado argentino hace referencia a (i) las calidades morales y profesionales que deben tener los jueces de la CorteIDH, las cuales son verificadas mediante el proceso de elección (Artículo 52 de la Convención), así como; (ii) al régimen de incompatibilidades e impedimentos, excusas e inhabilitación, consagrados en el artículo 71 de la CADH y 19 del Estatuto de la Corte respectivamente, y demás normas concordantes.

El Gobierno de Colombia, al igual que Argentina considera que la imparcialidad e independencia en las decisiones de la CorteIDH, es un valor de la mayor importancia tanto para la protección de los derechos humanos en el Hemisferio, como para garantizar la legitimidad del mismo órgano. No

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, Serie A No. 13, párr. 41, y “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 3, párr. 24.

³⁰ Cfr. CorteIDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Serie A, No. 19. Párr. 20.



Libertad y Orden

obstante, no comparte la argumentación del Estado argentino el cual considera, según su consulta, que el juez nacional del Estado demandado pierde su imparcialidad e independencia por ese simple hecho.

En primera medida, en los asuntos en los cuales el Juez nacional ha apoyado decisiones favorables al Estado del cual es nacional, no puede sostenerse que *per se* que su opinión está viciada en razón de su nacionalidad. Al respecto, ilustran las palabras del Ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia Stephen M. Schwebel, al estudiar el fenómeno de juez nacional dentro de la actividad de dicho Tribunal. Schwebel sostiene que, a pesar de que en la mayoría de casos el juez nacional apoyó la posición del Estado del cual es nacional, esta circunstancia debe analizarse con detalle, toda vez que, (i) en un buen número de casos la opinión y voto del Juez nacional coincide con la de los demás magistrados, es decir que la conclusión jurídica no es un mero capricho personal, sino la opinión legal autorizada del Tribunal; (ii) en una minoría significativa el Juez nacional ha votado en contra de los intereses del país de cual es nacional; (iii) criticar *per se* como equivocada la opinión del Juez nacional que vota consistentemente con los intereses de su país de origen, supone concluir que la opinión de la Corte es siempre acertada, y esto no siempre es cierto, y (iv) que la actividad judicial del Juez nacional está mas ligada a sus calidades personales y profesionales, que a su nacionalidad³¹.

De esta forma, la garantía de imparcialidad e independencia de los Jueces de la Corte IDH no puede ponerse en duda *in genere* en virtud de su nacionalidad. La imparcialidad, independencia y profesionalismo de los jueces de la Corte está garantizada a través de dos frentes: el proceso de

³¹ Schwebel, Stephen. "National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice". Pp. 893 y 894. En: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4 (Oct., 1999), pp. 889-900.



selección y elección de los H. Jueces, y, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. De esta forma, se expondrá a continuación la naturaleza y alcance de estos dos órdenes normativos, en aras de garantizar la independencia e imparcialidad del ejercicio jurisdiccional, todo esto a la luz de la pregunta que nos ocupa.

- Requisitos de elegibilidad o las calidades morales y profesionales que deben tener los jueces de la CorteIDH.

Antes de indagar sobre los requisitos de elegibilidad, el Gobierno de Colombia desea reiterar el alto y positivo valor del ejercicio jurisdiccional de todos y cada uno de los jueces que han integrado la Corte Interamericana, en procura de la protección y garantía de los derechos humanos en el Continente.

Asimismo, es oportuno señalar la función jurisdiccional adelantada por los H. Magistrados, goza de la presunción de independencia e imparcialidad, sobre la base del principio de buena fe, y que en consecuencia no resulta adecuado presumir una supuesta dependencia y parcialidad general en razón a su nacionalidad. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, ha recordado que es un principio de derecho que la imparcialidad e independencia de los jueces se presume y que cualquier observación al respecto debe probarse, no como una afirmación genérica, sino dentro y para el caso en el que se alega³².

³² *Eur. Court H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, para. 84, y; Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, para. 58.*



Libertad y Orden

La Convención Americana contempla varios mecanismos para garantizar la independencia e imparcialidad de los Jueces de la Corte. El primero de ellos es la definición de criterios de elegibilidad que deben cumplir los candidatos a las magistraturas de la Corte. Al respecto, el numeral 1 del artículo 52 de la CADH³³ dispone que quienes aspiren al cargo, deben poseer al menos las siguientes calidades:

- i. Nacional de uno de los Estados Miembros de la OEA.
- ii. Ser un jurista de la más alta autoridad moral;
- iii. De reconocida competencia en materia de derechos humanos, y;
- iv. Que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

En adición, esta norma es inequívoca en señalar que los jueces, bajo ninguna consideración actúan en representación del Estado del cual son nacionales; por el contrario, ejercen su función a título personal. Es decir, que su cargo no puede calificarse de representativa de los intereses de su Estado, sino como un deber estrictamente judicial, regido exclusivamente por el compromiso de garantizar los derechos humanos de las personas que reclaman ante la Corte, a través de la CIDH, la tutela internacional de sus derechos, con base en la Convención Americana.

Estas condiciones de elegibilidad se verifican en el proceso de selección de los miembros de la Corte. Este proceso está regulado por el artículo 53 de la Convención, el cual señala que “[l]os jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos.. Artículo 52. “La Corte se compondrá de siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.”



la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.” De esta forma, de faltar alguno de los requisitos de elegibilidad en el proceso de elección cualquiera de los Estados miembros de la OEA podría alegar la falta de idoneidad del candidato.

Este proceso de elección, garantiza la democracia e igualdad en doble vía: garantiza a cada Estado parte de la CADH enviar una terna con sus candidatos, y además reconoce a cada Estado parte de la CADH el mismo derecho al voto para seleccionar a los jueces.

Además, no hay que olvidar que este proceso de elección finaliza con la toma de posesión del cargo, en la cual, según lo dispuesto por el artículo 11 del Estatuto de la Corte³⁴, debe rendirse juramento solemne de independencia e imparcialidad –entre otros- en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Según esto, los jueces son sometidos a dos exigentes procesos que se sobreponen: uno en el ámbito nacional en el cual el país que postula al Juez examina sus cualidades morales y sus conocimientos jurídicos en materia de derechos humanos; y otro, a nivel internacional en el cual, aparte de que de nuevo se revisan los requisitos de elegibilidad, los Estados miembros de la Asamblea General de la OEA seleccionan a los 7 jueces entre un máximo de 75 candidatos³⁵.

Todo lo anterior es prueba entonces del escrupuloso y exigente proceso de selección, que antecede a la posesión como Juez de la Corte Interamericana. Este proceso tiene entonces, como fin inmediato, garantizar la democracia en

³⁴ Estatuto de la CorteIDH. “Artículo 11. II Juramento II 1. Al tomar posesión de su cargo, los jueces rendirán el siguiente juramento o declaración solemne: “Juro (o declaro solemnemente) que ejerceré mis funciones de juez con honradez, independencia e imparcialidad y que guardaré secreto de todas las deliberaciones. II [...]”. (Subrayas fuera del texto)

³⁵ En caso de que los 25 Estados Parte de la CADH presente cada uno 3 candidatos.



Libertad y Orden

condiciones de igualdad de los Estados para la selección de los jueces, y como fin supremo garantizar la independencia y cualidades morales de los integrantes de la Corte, y por ende, de sus decisiones.

En todo caso, a pesar de la evaluación técnica y política que realiza la OEA mediante el proceso de elección de los candidatos a Juez de la CorteIDH, existen también mecanismos para que, en aquellos asuntos en los cuales se ponga en duda la mencionada imparcialidad e independencia para un caso en concreto, se le excluya de su conocimiento. De estos nos ocuparemos a continuación.

- Mecanismos de garantía de la imparcialidad e independencia de los jueces de la Corte Interamericana en los casos concretos: el régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación.

El Gobierno colombiano considera que la propuesta hecha por el Estado argentino no permitiría examinar el posible conflicto de intereses en cada caso particular, sino que por el contrario, crearía una presunción de hecho según la cual la nacionalidad del juez, ya es por sí sola, un elemento suficiente para considerar su posición como parcializada y carente de objetividad. Este razonamiento desconoce no sólo las calidades morales y profesionales de los jueces, el proceso de su selección y el principio de buena fe, sino también desconoce el régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación como el mecanismo adecuado para controvertir la independencia e imparcialidad del juez.

En efecto, el artículo 71 de la CADH dispone que el cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es incompatible con otras actividades que pudieran llegar a afectar su independencia o imparcialidad. En desarrollo de esta disposición, el artículo 18 del Estatuto de la CorteIDH señala que el cargo de Juez es incompatible con



Libertad y Orden

- a) El cargo de miembro o alto funcionario del poder ejecutivo (con algunas excepciones);
- b) El cargo de funcionario del poder ejecutivo. y;
- c) Cualquier otro cargo o actividad que impida a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecte la independencia o imparcialidad de sus funciones, o la dignidad o prestigio de su cargo

Por otro lado, en relación con las inhabilidades, el Artículo 19 del Estatuto de la Corte³⁶ señala que los jueces están impedidos para participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren algún interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un Tribunal Nacional o Internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.

De esta manera, las inhabilidades operan para casos específicos, donde pueda haber un conflicto de intereses, mientras que las incompatibilidades, establecidas en el artículo 18 del Estatuto operan para el ejercicio del cargo.

Este régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación encuentra su efecto útil en el numeral 2 del artículo 19 del Reglamento de la H. Corte el cual señala que

³⁶ Estatuto de la CorteIDH. "Artículo 19. II Impedimento, Excusas e Inhabilitación. II 1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. II 2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá. II 3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá. II 4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.



Libertad y Orden

“Los impedimentos y excusas deberán alegarse antes de la celebración de la primera audiencias pública del caso. Sin embargo, si la causal de impedimento o excusa ocurriere o fuera conocida posteriormente, dicha causal podrá hacerse valer ante la Corte en la primera oportunidad, para que ésta decida de inmediato.”

Según lo anterior, señalar la necesidad de renuncia del juez nacional desconoce la existencia del régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación. Si al momento de redactar la Convención, así como el Estatuto y el Reglamento de la Corte, se hubiera concertado que el juez del Estado demandado carece de imparcialidad por su nacionalidad, no existiría un régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación, sino que simplemente, en dichos cuerpos normativos se hubiera consagrado expresamente que el juez nacional de un Estado demandado debería abstenerse de participar en la deliberación y decisión del caso. De seguir el razonamiento esgrimido por el Estado argentino en su solicitud de opinión consultiva, el régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación perdería su efecto útil.

La existencia del régimen de impedimentos, excusas e inhabilitación es el estandarte en donde erige la presunción de imparcialidad e independencia de los jueces, y otorga la posibilidad de acudir a éste cuando se considere que cualquiera de los jueces carece de independencia e imparcialidad para decidir el caso.

La normatividad del Sistema Interamericano reconoce entonces que es el principio ético el que debe guiar las actuaciones de los intervinientes en el Sistema, y no presunciones fácticas generales que desestiman las particularidades procesales propias y únicas de cada caso. En este sentido, las normas interamericanas permiten analizar cada caso y situación de manera independiente y particular, dando vigencia al principio de buena fe, y garantizando a todos los intervinientes en el proceso la independencia de los jueces a través del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por



Libertad y Orden

esta razón, el Gobierno colombiano considera que exigirle a un juez apartarse de la deliberación y decisión de un caso en el cual su Estado es demandado, desconoce la lógica normativa propuesta por la Convención y demás normas concordantes, contradice el principio de buena fe, y desconoce las circunstancias particulares de cada asunto sometido a conocimiento de la H. Corte, privilegiando conjeturas generales.

Estas inhabilidades e incompatibilidades están dotadas de un mecanismo de activación particular: el régimen disciplinario. El artículo 73 de la Convención Americana señala cómo a solicitud de la propia Corte, la Asamblea General de la OEA debe resolver sobre los casos en los cuales un Juez incurra en algunas de las causales previstas en el Estatuto de la Corte³⁷. Este fue desarrollado por el artículo 20 del Estatuto de la Corte según el cual:

- “1. Los jueces y el personal de la Corte deberán observar, dentro y fuera de sus funciones, una conducta acorde con la investidura de quienes participan en la función jurisdiccional internacional de la Corte. Responderán ante ésta de esa conducta, así como de cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones.
2. La potestad disciplinaria respecto de los jueces corresponderá a la Asamblea General de la OEA solamente a solicitud motivada de la Corte, integrada al efecto por los jueces restantes.
3. La potestad disciplinaria respecto del Secretario corresponde a la Corte, y respecto al resto del personal, al Secretario, con la aprobación del Presidente.
4. El régimen disciplinario será reglamentado por la Corte, sin perjuicio de las normas administrativas de la Secretaría General de

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos.. “Artículo 73. II Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.” (Subrayas fuera del texto)



Libertad y Orden

la OEA, en lo que fueren aplicables conforme al artículo 59 de la Convención.”

De esta manera, si un juez no se excusa del conocimiento de un caso respecto del cual incurre en las causales determinadas en los artículos 18 y 19 del Estatuto, se verá sujeto a un proceso disciplinario. La efectividad de este doble régimen (el de impedimentos, excusas e inhabilitación y el disciplinario), como medio para garantizar la independencia e imparcialidad de los Jueces de la Corte, se encuentra demostrada en los casos en los cuales, por incurrir en dichas causales, el respectivo Juez presenta su excusa, la cual es aceptada por el Tribunal. Así pues, en el caso la Cantuta, por ejemplo,

“el Juez Diego García-Sayán, de nacionalidad peruana, se excusó de conocer el presente caso, de conformidad con los artículos 19.2 del Estatuto y 19 del Reglamento de la Corte, en razón de que, en su carácter de Ministro de Justicia del Perú en ejercicio, tuvo participación en el año 2001 en representación del Estado peruano durante el trámite del presente caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De tal manera, el 31 de marzo de 2006 la Secretaría comunicó al Estado que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10 del Estatuto de la Corte y 18 de su Reglamento, podía designar un juez *ad hoc* para que participara en la consideración del caso, para lo cual el Estado designó al señor Fernando Vidal Ramírez.” (Subraya fuera del texto)

De igual forma, existen casos en los cuales se aplicó el artículo 19.2 en comento, con el fin de evitar que se alegara una supuesta parcialidad a favor de los representantes de las víctimas³⁸, con lo cual se comprueba que

³⁸ “El 28 de enero de 2008 el Juez Diego García Sayán, de nacionalidad peruana, informó al Tribunal de su inhibitoria para conocer del presente caso “por considerar que ello resulta conveniente para la Corte”. Indicó que es “integrante de la Comisión Andina de Juristas” y que ocupa “un cargo directivo en dicha institución”. Consideró que “[s]i bien las funciones específicas de dicho cargo no están relacionadas directamente a las comunicaciones o apreciaciones institucionales sobre asuntos sustantivos, [...] resulta[ba] adecuado excusar[se] de seguir participando en el conocimiento de este caso de tal forma que no se vea afectada, de modo alguno, la percepción de absoluta independencia del Tribunal”. La Presidenta de la Corte consideró que no se desprendía que el Juez García Sayán hubiese participado de alguna manera, cualquiera que ésta fuese, en el presente



Libertad y Orden

el régimen impedimentos, excusas e inhabilitación garantiza en sí mismo y para todos los intervinientes, la independencia e imparcialidad de los jueces de la H. Corte.

Esta normatividad rige también para el Juez *ad-hoc*, y es igualmente efectiva, *v.g.* en el caso Masacre de La Rochela:

“Cuando se notificó la demanda al Estado, se le informó su derecho a designar un juez *ad hoc* para que participara en la consideración del caso. El 9 de mayo de 2006 el Estado designó al señor Juan Carlos Esguerra Portocarrero como juez *ad hoc*. El 28 de noviembre de 2006 el Juez *ad hoc* Juan Carlos Esguerra Portocarrero presentó un escrito mediante el cual se “excus[ó] ante [el Presidente del Tribunal] de actuar como Juez *ad hoc* en el caso de la ‘Masacre de La Rochela’” y expresó las razones para hacerlo. Mediante comunicación de 1 de diciembre de 2006 se informó al señor Esguerra Portocarrero y a las partes que dicho escrito fue puesto en conocimiento del Presidente de la Corte quien, en consulta con los jueces del Tribunal, resolvió aceptar la referida excusa de conocer este caso, en consideración de lo señalado en los artículos 19 del Reglamento y Estatuto de la Corte y del análisis de los motivos expuestos por el señor Esguerra Portocarrero para excusarse.” (Subraya fuera del texto)

De esta forma, sostener que la mera nacionalidad del juez pone en tela de juicio su independencia e imparcialidad frente a los casos contenciosos en los cuales es demandado el Estado del cual es nacional, implicaría concluir que la actuación de todos y cada uno de los jueces nacionales – tanto titulares como *ad-hoc*- que han participado en los asuntos resueltos por la H. Corte hasta el presente esta viciada, y que habría que iniciar los

caso o que hubiese manifestado pública o privadamente puntos de vista acerca del litigio en curso, sus causas, manifestaciones y posibles soluciones, o bien en torno a quienes actúan en éste en calidad de partes. Sin embargo, la Presidenta, en consulta con los demás Jueces y de conformidad con el artículo 19.2 del Estatuto del Tribunal, estimó razonable acceder al planteamiento del Juez García-Sayán, en relación con su decisión de que “no se vea afectada, de modo alguno, la percepción de absoluta independencia del Tribunal” y, consecuentemente, aceptó la inhibitoria presentada.” Subraya fuera del texto. (Caso Apitz Barbera y Otros. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C, No 182. Pie de página 1.)



Libertad y Orden

procesos disciplinarios correspondientes según el tenor de la Convención y demás normas concordantes.

Adicionalmente, de igual manera que frente a la primera pregunta de la H. República de Argentina, el Gobierno de Colombia considera contrario al sistema de fuentes interamericano la conclusión sugerida por el Estado argentino, en el sentido de que el juez nacional debe abstenerse de conocer los casos contenciosos en que es demandado el Estado del cual es nacional. El carácter personal de la función jurisdiccional adelantada por los H. Jueces de la CorteIDH está fundada inequívocamente en normas convencionales, a saber los artículos 52.1³⁹ y 55.1⁴⁰, lo cual no puede ser modificado a través de una Opinión Consultiva. Para concluir lo sugerido por el solicitante, sería necesario reformar el texto mismo de la CADH.

C. Conclusión.

En consideración a lo expuesto, el Gobierno de Colombia es de la opinión que:

- (i) El derecho del Estado de nombrar Juez *ad-hoc* en las demandas impetradas por la CIDH ante la Corte, en el evento de que ninguno de los Jueces titulares sea de nacionalidad del Estado demandado, es una norma de derecho consuetudinario interamericano de los derechos humanos, y que por lo tanto debe seguir siendo atendida por todos los partícipes del Sistema, y;

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 52 “1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. II [...]” (subrayas fuera del texto)

⁴⁰ CADH. Artículo 55 “1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo. II [...]”

