



ESCRITO DE OBSERVACIONES RESPECTO A LA SOLICITUD DE OPINIÓN
CONSULTIVA ELEVADA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA RELATIVA A LAS
OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE UN ESTADO QUE
HA DENUNCIADO LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS
HUMANOS Y QUE INTENTA RETIRARSE DE LA OEA

**INTERVENCIÓN DEL SEMILLERO DE LITIGIO ANTE SISTEMAS
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS –SELIDH–**

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

16 DE DICIEMBRE DE 2019



LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
Carta OEA	Carta de la Organización de Estados Americanos
COIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
HCOIDH	Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DIP	Derecho Internacional Público
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
SELIDH	Semillero de litigio ante sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos (Universidad de Antioquia)

TABLA DE CONTENIDO

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES	3
II. INTRODUCCIÓN	4
III. REVISIÓN HISTÓRICA DE LA DADH Y EL SIDH.....	6
IV. FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS	10
V. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	17
VI. SOBRE EL STATUS JURÍDICO DE LA CARTA DE LA OEA, LA CADH Y LA DADH.....	22
VII. LA DADH COMO COSTUMBRE REGIONAL INTERAMERICANA	27
VIII. CUADRO SISTEMÁTICO DE DERECHO HUMANOS	37
IX. CONCLUSIONES.....	42

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES

El presente escrito fue elaborado por integrantes del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos –SELIDH–. SELIDH es un semillero de investigación articulado y adscrito al “Grupo de Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, sede Medellín. Se destaca por la preparación de estudiantes en *moot courts* nacionales e internacionales, investigación, promoción y activismo en derechos humanos. Desde el 6 de septiembre de 2017 mediante Acta 217-11 se encuentra oficialmente inscrito y avalado por la referida institución.

En este sentido, Ángela Patricia Benavides Cerón, su directora, con cédula de ciudadanía [redacted], Alejandro Gómez Restrepo coordinador de investigaciones y elaboración de escritos ante altas cortes, con cédula de ciudadanía [redacted], Doris Astrid Portilla Revelo con cédula de ciudadanía [redacted] Evelyn Osorio Pareja con cédula de ciudadanía [redacted] Lisseth Juliana Betancur Vásquez con cédula de ciudadanía [redacted]

Manuel Darío Cardona Quiceno con cédula de ciudadanía

Mónica Liliana Tórrez Pidiache con cédula de ciudadanía

Nathalie Zaray

Martínez Jaimez con cédula de ciudadanía

y Sebastián Alarcón Ruíz con

cédula de ciudadanía

integrantes del SELIDH, se sirven presentar esta

intervención (de conformidad con los artículos 28 y 73 del Reglamento de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos) ante la Honorable Corte Interamericana

de Derechos Humanos, en relación con la solicitud de Opinión Consultiva presentada

por la República de Colombia relativa a las obligaciones en materia de derechos

humanos de un Estado que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y que intenta retirarse de la Organización de Estados Americanos.

II. INTRODUCCIÓN

Este texto tiene como finalidad presentar observaciones a las preguntas formuladas por la

República de Colombia a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en la

Solicitud de Opinión Consultiva presentada el 3 de mayo de 2019 relativa a las

obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que ha denunciado la

Convención Americana sobre Derechos Humanos y que intenta retirarse de la Organización

de Estados Americanos.

Quienes formulan este escrito consideran primordial expresar que esta OC-26 tendrá una

relevancia no solo a nivel del Sistema Interamericano, sino que, en sí misma, representará

un sólido estándar respecto a las bases teóricas del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos, toda vez que abordará aspectos relativos al funcionamiento mismo del Derecho

Internacional Público al cuestionarse sobre los efectos de la denuncia de tratados

internacionales. Además, por la subyacente pregunta relativa a la obligatoriedad de las

normas internacionales sobre derechos humanos más allá de la voluntad de los Estados. Por ello, en aras de presentar una postura clara, coherente y rigurosa, se considera imprescindible recurrir a la historia, la filosofía y la dogmática del Derecho Internacional Público.

Se sostiene como tesis principal que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es un documento que, en la actualidad, se ha constituido en costumbre internacional vinculante para los Estados Americanos, dada la práctica reiterada y la conciencia de obligatoriedad respecto a la necesidad de proteger los derechos humanos desprendidos de la misma. Se adopta, pues, una postura iusfilosófica neo-clásica o neo-iusnaturalista que sostiene la existencia de una fuente de vinculatoriedad para los Estados en la costumbre internacional, las normas de *ius cogens* y los principios del derecho internacional, como fuentes del derecho internacional público, más allá de la voluntad misma de los Estados radicada en los tratados.

Además, se hace uso de la categoría *cuadro sistemático de violaciones a derechos humanos* puesto que se considera clave e indispensable, porque en ella recae el fundamento de la *conciencia de obligatoriedad* que representa la necesidad de proteger los derechos humanos. Este concepto será abordado a través de una revisión jurisprudencial y se comprenderá a partir de la noción *crímenes de lesa humanidad* y su naturaleza como norma de *ius cogens*.

Para desarrollar lo referido en el presente escrito, primero se revisará en clave histórica el surgimiento de la DADH, luego se abordarán las bases iusfilosóficas de la obligatoriedad del derecho internacional y se expondrán las razones por las cuales la teoría neo-clásica debe ser tomada en consideración por la CODH para responder a las preguntas formuladas,

posteriormente se hará una breve mención de las fuentes del DIP para encuadrar la vinculatoriedad que las mismas generan, de manera subsiguiente se abordará el status jurídico de la DADH para afirmar su naturaleza de costumbre regional, para luego identificar la categoría “cuadro sistemático de violaciones a derechos humanos” y, por último, se expondrán las conclusiones.

III. REVISIÓN HISTÓRICA DE LA DADH Y EL SIDH

El estudio de los Derechos Humanos en el contexto americano tiene una constante estructural que es dinámica y estática, de un lado es dinámica porque desde la Independencia Americana (1776), las Guerras de Independencia del siglo XIX, la Carta de San Francisco (1945), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre (1948), la Convención Americana (1969) y demás instrumentos hasta hoy, se han reconocido y afirmado las distintas garantías, derechos y libertades propios de la persona humana aunado a los mecanismos para posibilitar su protección y defensa dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Pero también es una constante estática porque en el devenir socio-jurídico presenta continuos casos de violaciones e infracciones sistemáticas a estas normas y que, en algunos casos, provienen directamente de la persona jurídica del Estado como principal garante y agente vulnerador de Derechos Humanos contra personas en mayor situación de vulnerabilidad.

“Algunos historiadores remontan el origen del sistema interamericano al Congreso de Panamá convocado por Simón Bolívar en 1826. Sin embargo, recién en 1889 los Estados americanos decidieron reunirse de manera periódica y comenzar a forjar un sistema común de normas e instituciones. Entretanto, se celebraron conferencias y reuniones que intentaron dar origen al sistema, pero fue una invitación del gobierno

de Estados Unidos la que desencadenó el proceso que ha continuado ininterrumpidamente hasta hoy día. La Primera Conferencia Internacional Americana tuvo lugar en Washington, D.C., del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, “con el objeto de discutir y recomendar a los respectivos Gobiernos la adopción de un plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que puedan en lo futuro suscitarse entre ellos; de tratar de asuntos relacionados con el incremento del tráfico comercial y de los medios de comunicación directa entre dichos países; de fomentar aquellas relaciones comerciales recíprocas que sean provechosas para todos y asegurar mercados más amplios para los productos de cada uno de los referidos países”¹.

El reconocimiento y protección de los DDHH ha surtido distintas hazañas desde el pasado hasta hoy, pero es significativo el siglo XX porque más allá de la mera estipulación formal se consagran mecanismos que buscan hacer efectiva la defensa de los mismos. La historia del mundo en el siglo XX estuvo accidentada por contiendas bélicas que modificaron las dinámicas del poder existentes para entonces: la Primera y Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, éstas fueron escenarios que propiciaron la emergencia política de otras potencias distintas a las europeas en la vida pública internacional, como es el caso de Estados Unidos que hasta la Primera Guerra Mundial había adoptado una política aislacionista con el viejo continente y proteccionista con respecto de América Latina, sin embargo, su papel fue decisivo en la victoria de la Primera Guerra Mundial, en la reconstrucción político-económica de Europa en los años 20's, la expansión de liberalismo y su establecimiento paulatino como hegemonía mundial.

¹ Organización de Estados Americanos, Nuestra Historia (2019) Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

En América existían Estados que gozaban de autonomía jurídica y otros que estaban bajo las directrices coloniales, en ambas situaciones gran parte de estos territorios representaban para los países potencias las principales fuentes de extracción de materias primas. Aquellos que gozaban de su personería jurídica e internacionalmente reconocida, estaban encaminados a la fundación de su proceso de industrialización en aras de participar en las dinámicas de desarrollo.

Los acelerados cambios en las formas de producción que acontecieron en América trajeron consecuencias nefastas para las poblaciones puesto que las rudimentarias instituciones sociales no estaban preparadas para la masificación del trabajo y su precaria regulación atendía las necesidades inmediatas. Además, es importante resaltar las características ideológicas y políticas del contexto internacional: el triunfo de la Revolución Rusa, el advenimiento de los regímenes Fascista y Nazi respectivamente, porque los derechos y libertades que subsisten bajo estos esquemas doctrinarios no admiten una interpretación desde la esfera individual *per se* son antidemocráticos y nacionalistas.

América Latina, en la Segunda Guerra Mundial y su posguerra, se demarcaba como fortín de las potencias capitalistas para evitar la expansión del comunismo, es de recordar que dentro de las Estrategias de Seguridad Nacional de Estados Unidos conservar la hegemonía sobre los territorios americanos constituía una prioridad desde sus principios fundacionales. Respecto de la Novena Conferencia que tuvo lugar en 1948 en Bogotá, el político Alberto Lleras Camargo que participó en la misma, escribió:

“La neutralidad no resultó ser defensa para ningún país, grande o pequeño, como no lo había sido en la primera. Más aún: no había neutralidad posible, jurídicamente, ante una guerra de agresión. El continente americano, y no

solamente los Estados Unidos, salió de su aislamiento entre esas dos conferencias, en el período que va de 1939 a 1942, y tomó otro rumbo, que se señala por su participación activa en la creación de las Naciones Unidas y por el criterio que informa la Organización de Estados Americanos. El año de 1945, año de las Conferencias de México y San Francisco, consagra esa evolución histórica. En 1947 el Acta de Chapultepec se transforma en el Tratado de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro. Sin esas cinco conferencias precedentes y sin las asoladoras pero eficacísimas experiencias de la guerra mundial, la Conferencia de Bogotá no habría podido crear una organización para los Estados de esta parte del mundo, sino sobre las bases precarias que hicieron perecer otros intentos anteriores”².

Como resultado de la Novena Conferencia internacional Americana y para 1989, se tendría en el panorama internacional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre instrumento que nacería como manifestación política pero que resulta un hito y referente jurídico en materia de Derechos Humanos para el territorio americano. Ha sido adoptada en los ordenamientos jurídicos en el rango de constitución por ejemplo en países como Argentina y México e influyó en la evolución del bloque de constitucionalidad colombiano.

A lo largo de los años y desde su creación la DADH ha impulsado el desarrollo de mejores estándares de protección de DDHH en el SIDH porque bebió de las fuentes del derecho internacional público que le permitieron sentarse en el seno de la moral jurídica interamericana:

² Alberto Lleras, EL PACTO DE BOGOTÁ Y LA OEA. Informe sobre la IX Conferencia Internacional Americana (1948) Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/>

“La Declaración ha servido para orientar a los Estados en la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella. Es para destacar, también, la importancia del accionar de los órganos encargados de la protección regional de los derechos humanos en América. Es la Comisión la encargada de aplicar este instrumento en sus procedimientos de peticiones individuales en contra de los Estados que no han ratificado la Convención Americana, los que alcanzan a un tercio de la población del continente americano. [...] En el camino progresivo de protección que ha marcado la Declaración, ha generado los antecedentes para que la gran mayoría de los países de América Latina implemente instrumentos, como la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, leyes generales de protección o códigos de niñez. Son para destacar los casos de la Argentina (2005), Bolivia (Estado Plurinacional de) (1999), el Brasil (1990), Colombia (2006), Costa Rica (1998), el Ecuador (2003), El Salvador (2009-2010), Guatemala (2003), Honduras (1996), México (2000), Nicaragua (1998), el Paraguay (2001), el Perú (1992), la República Dominicana (2003), el Uruguay (2004) y Venezuela (República Bolivariana de) (2000). Morlachetti, Alejandro. (2010)”³.

IV. FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS

Desde la filosofía del derecho, la pregunta por la fundamentación de la obligatoriedad del DIP radica en buscar de dónde proviene la validez de las normas jurídico-internacionales y

³ Carolina Romano, LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y A LA INFANCIA. UN DESAFÍO PARA LA CONVERGENCIA CON EL ENFOQUE DE DESARROLLO HUMANO EN AMÉRICA LATINA. Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 – 0618 <http://www.urjc.es/ceib/> Vol. 13, Edición Especial, 2019

la razón por la cual los sujetos del DIP⁴ se sienten coaccionados a observarlas. Al respecto, se abordarán dos corrientes teóricas: la subjetivista o voluntarista, fundada sobre la voluntad de los Estados y la objetivista o anti-voluntarista, basada en una regla objetiva superior a la voluntad de estos.

Las bases filosóficas de las teorías subjetivistas o voluntaristas radican en Spinoza y Hegel. Desde su comprensión, la obligatoriedad del derecho internacional depende de la voluntad de los Estados pues se sienten vinculados porque estos así lo han decidido. Esta doctrina ha tenido tres direcciones: primero, el positivismo de Bynkershoek, Moser y Martens; segundo, el voluntarismo unilateral de Jellinek, y, tercero, el voluntarismo plurilateral de Von Triepel⁵.

El profesor Valencia Restrepo critica las teorías voluntaristas en dos sentidos: por un lado, el hecho de que conciben al Estado “como una sustancia pensante, con capacidad de querer o volición”⁶. Por otro lado, para el profesor colombiano existe un vicio de coherencia interna, toda vez que se concibe la fuente desde la voluntad, en ese sentido, podría siempre desde su misma voluntad dejar de cumplir la norma jurídico-internacional, aplicándose el principio jurídico *en derecho las cosas se hacen como se deshacen*⁷.

Los autores del presente escrito se suscriben a estas críticas y sostienen una postura objetivista o antivoluntarista. Estas teorías tienen tres corrientes: la teoría normativista, la teoría sociológica y la teoría neo-clásica o neo-iusnaturalista. La primera, normativista, es expuesta por autores como Hans Kelsen, Anzilotti y los integrantes de la Escuela de Viena

⁴ Los Estados, como sujetos plenos, originarios y ordinarios del derecho internacional, y los relativos, derivados y extraordinarios como las Organizaciones Interestatales, la Cruz Roja Internacional, entre otros.

⁵ Hernán Valencia Restrepo. Derecho Internacional Público. Editorial Comlibros (2008).

⁶ *Ibíd.*, p. 174.

⁷ *Ibíd.*

quienes, para identificar la obligatoriedad, buscan cuál es la norma fundamental del DIP, pues “el derecho tiene la particularidad de regular su propia creación”⁸. “Esta norma fundamental no es propiamente norma jurídica ni podría serlo, pero es postulado y fundamento de la juridicidad de todo el sistema”⁹. Esto puede resumirse, para Kelsen, en la acotación: “los Estados deben comportarse como acostumbran hacerlo”, y para Anzilotti en: *pacta sunt servanda* (los tratados deben ser cumplidos).

La segunda, la teoría sociológica, encuentra su fundamento en un hecho social: la obligatoriedad del DIP radica en que los destinatarios de la norma, la comunidad de Estados, lo consideran obligatorio. Para Krabbe, “la masa de individuos que conforman las naciones, considera que los Estados deben someterse a ciertas reglas, y por eso resulta obligatorio”¹⁰. Según Duguit, el fundamento radica en la solidaridad social, la cual no depende de la voluntad humana o estatal.

La tercera, la teoría neo-clásica o neo-institucionalista, plantea que el valor de la justicia constituye el fundamento del DIP, siendo un principio tomado de la moral universal y dada su naturaleza objetiva; se entiende, entonces, como un replanteamiento contemporáneo del derecho natural. Para el profesor Valencia Restrepo, esta norma natural deriva de la moral universal y es lógica, formal, material y ética¹¹. Además, no es una norma explícitamente formal, es decir, aquella que ha sido positivizada internacionalmente, sino una norma implícitamente positiva, o sea, aquella que ha sido positivizada por la comunidad internacional en su práctica¹².

⁸ *Ibíd.* p. 174.

⁹ *Ibíd.* p. 175.

¹⁰ *Ibíd.* p. 176.

¹¹ *Ibíd.* p. 177.

¹² *Ibíd.* p. 177.

Según aquello, la comunidad internacional es el constituyente primario internacional. El derecho, inspirado en la justicia, tiende a asegurar y mantener el orden social, en este sentido, las normas jurídico-internacionales buscan asegurar el bien común de la sociedad internacional. El ejemplo con mayor consenso al respecto radica en las normas consideradas de *ius cogens*, es decir, aquellas que por su práctica reiterada por parte de los Estados, se entienden de obligatorio cumplimiento y, por ello, no admiten pacto en contrario.

Desde un punto de vista filosófico, John Rawls señala que debe existir una base moral del derecho internacional, que nace de ampliar su interpretación de la posición original —que para Rawls es un consenso sobre los mínimos¹³, y que para los autores del presente escrito se manifiesta en normas jurídico internacionales, como la DADH— a grupos representativos que agrupan a las naciones y que eligen de forma conjunta los principios fundamentales que resuelven las conflictividades entre estados. En esta línea, toda sociedad maneja una idea de la naturaleza de su relación frente a otras sociedades y la forma en que se manifiesta, estableciendo unos ideales o principios que orienten su “política externa” (en un sentido *lato* entendida como relaciones entre pueblos). Por ello, el autor, extiende su planteamiento de la *justicia como equidad*¹⁴ a las relaciones entre sociedades, para sustentar un derecho internacional público bajo criterios de razonabilidad, que sean aplicables a todo tipo de sociedades más allá de las liberales¹⁵. En ello coincide con Otfried Höffe, para quien la legitimidad en la capacidad coercitiva de una organización política y social debe sustentarse en criterios normativo-axiologicos, es decir, en argumentos pre y supra jurídicos, dentro de los cuales la justicia se manifiesta como imperativo categórico de toda

¹³ John Rawls. El liberalismo político, Editorial CRÍTICA (1995).

¹⁴ John Rawls. Teoría de la Justicia, Editorial Fondo de Cultura Económica (2015).

¹⁵ John Rawls. El derecho de gentes, Revista Isegoria, 1997. At. 5.

relación social y la justicia política hace lo propio en el campo del ordenamiento jurídico, por lo que constituye un imperativo jurídico estatal¹⁶.

Para Rawls, desde esta perspectiva de justicia razonable aplicable al “derecho de gentes”, la organización política de un pueblo, entiéndase su gobierno, no puede concebirse a sí mismo como el génesis de su soberanía y por ello se manifiesta respecto a la necesidad de reformular los “poderes soberanos” en el marco del derecho internacional público limitando, entre otros, el derecho a la autonomía interna¹⁷, lo cual coincide con un giro en la concepción del derecho internacional público que ha hecho carrera desde finales de la Segunda Guerra Mundial, tornándose más exigente y menos permisivo con la soberanía interna. Es en esta línea que los derechos humanos se erigen como pauta para delimitar y definir los límites adecuados de dicha soberanía.

Señala el autor estadounidense que existen dos etapas en la extensión del derecho internacional público basado en una concepción constructivista liberal de la justicia, la primera, la “teoría ideal” que se aplica en supuestos de voluntad y capacidad material de cumplir con unos mínimos morales razonables establecidos en el “derecho de gentes” en sociedades democrático-liberales y jerárquicas; la segunda, la “teoría no ideal”, dentro de la cual se contempla la “teoría del incumplimiento”, es decir, las dificultades que debe afrontar el sistema organizado de naciones cuando un Estado se abstiene de adherirse o se separa de un razonable “derecho de gentes”¹⁸. En esta línea, un concepto de justicia entre pueblos debe incluir unos postulados mínimos que han sido reconocidos por la costumbre y entre los que resalta, para el caso concreto que, los “pueblos deben respetar los derechos

¹⁶ Otfried Höffe. Justicia Política, editorial Paidós (2003).

¹⁷ John Rawls. El derecho de gentes, Revista Isegoria, 1997. At. 5.

¹⁸ Ibídem, pp. 12-13.

humanos.”¹⁹. Con ello, reitera que los derechos de independencia y autodeterminación de los pueblos operan dentro de límites establecidos por el Derecho Internacional Público.

Rawls indica, además, que los derechos humanos no dependen de una postura moral individualista que presupone la bondad de la persona o su idoneidad moral; para él, expresan un patrón mínimo de instituciones que deben existir para el cumplimiento de un rol en la sociedad —como forma de ejemplificar que no se requiere una sociedad liberal democrática cerrada para la operatividad de los DDHH y no como una asunción de una valoración positiva sobre otros modelos de organización que el autor llama jerárquicos—, por lo cual su vulneración es una falta grave que afecta a la comunidad de pueblos en general²⁰. En esta misma línea, para O. Höffe, como imperativo categórico, la justicia política que se materializa en los DDHH expresan una obligación incondicionada, cuya obligatoriedad es independiente a la experiencia²¹.

Para el autor estadounidense, su postulado de un orden jurídico que impone por igual deberes y obligaciones debe manifestarse conforme a un mínimo de justicia que aplican los funcionarios, para lo cual es *conditio sine qua non* el reconocimiento y garantía de unos mínimos que se manifiestan en los DDHH²², reiterando en este punto que para su vigencia y aplicación no es necesaria una idea liberal de *ciudadano*, y basta con una persona “miembro activo y responsable de la sociedad”, con capacidad de reconocer sus deberes y obligaciones morales, y actuar en consecuencia. De forma que las ideas de los DDHH “no

¹⁹ *Ibíd.*, p. 15.

²⁰ *Ibíd.*, p. 25.

²¹ Otfried Höffe. *Justicia Política*, editorial Paidós, p. 85 (2003).

²² John Rawls. *El derecho de gentes*, Revista Isegoria, 1997. At. 5.

podrían ser rechazadas por ser liberales o especiales en nuestra tradición occidental. En tal sentido, son políticamente neutrales”²³.

En línea con lo anterior, los derechos humanos se erigen para Rawls y para Höffe en una categoría especial de prerrogativas, que juega un papel especial en el derecho internacional público basado en la razonabilidad para la época presente, en la que se encuentra limitada la soberanía interna del Estado, función que entre otras, está dada por los derechos humanos, que constituyen una “categoría especial de derechos de aplicación universal, difícilmente controvertibles en su intención general”²⁴.

Así las cosas, la obligatoriedad del DIP y por ende del DIDH, no está basada en la voluntad de los Estados exclusivamente, pues de esta forma, en virtud de su misma voluntad, podría dejarse de cumplir pactos internacionales como lo son los tratados de derechos humanos, normas del *ius cogens* y costumbre internacional. Por el contrario, las referidas fuentes del derecho internacional se revisten de obligatoriedad derivada de un principio objetivo, racional y que trasciende la voluntad estatal, que está por encima de ella y que se concreta en los valores de humanidad, justicia, orden y bien común, de los cuales se desprenden las obligaciones internacionales de proteger y respetar los derechos humanos. Por ello, siguiendo a Charles De Visscher, la única justificación moral y jurídica del carácter obligatorio del derecho internacional está dada por el bien común interpersonal, de allí que esta sea una postura humanista, pues “el derecho internacional sólo cobra sentido vinculatorio u obligatorio en cuanto sea un medio o instrumento al servicio de la

²³ *Ibidem*, pp. 26.

²⁴ *Ibid.*, p. 27.

humanidad, dignificando su condición mediante el respeto de los derechos fundamentales del hombre²⁵.

V. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La enunciación realizada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se constituye como una expresión autorizada que ha definido las fuentes del derecho internacional por aceptación universal. La CIJ que debe fallar las controversias que le sean sometidas a su jurisdicción de acuerdo al derecho internacional y lo debe hacer conforme a: i) las convenciones internacionales, que independiente de su clasificación o denominación establezca reglas para los Estados, ii) la costumbre internacional, iii) los principios generales de derecho y iv) las decisiones judiciales, así como la doctrina de publicistas reconocidos, como medios auxiliares. La doctrina ha establecido adicionalmente otras fuentes de DIP, sin embargo las mismas no serán objeto del presente texto.

Las convenciones o tratados que establezcan obligaciones para los Estados, han sido reguladas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y complementadas por la Convención de 1986. En dichos instrumentos normativos se han establecido los criterios básicos que integran y definen esta fuente de derecho, así como los límites formales y materiales de la misma. Según el artículo 2 de dichos instrumentos, los tratados internacionales son acuerdos internacionales que celebrados a partir del medio escrito, se rigen por el derecho internacional y que constituyen expresiones de la voluntad —principalmente— de los Estados, encaminados a regular el comportamiento de los mismos. Para Valencia Restrepo, de la definición normativa se desprende que los tratados son negocios jurídicos internacionales, celebrados por sujetos jurídico-internacionales,

²⁵ Hernán Valencia Restrepo. Derecho Internacional Público. Editorial Comlibros, p. 182 (2008).

siendo sus consecuencias reguladas y sancionadas por el derecho internacional público²⁶. Esta se considera una de las fuentes más importantes del DIP, ello sustentado en el creciente número de tratados que suscriben los Estados y la variedad de temas que los mismos regulan²⁷.

El artículos 53 y 64 de la Convención de Viena del 69, desarrollan de manera concordante la nulidad para todo tratado o acuerdo internacional en general, que al celebrarse, sea contrario en su contenido a un norma imperativa de derecho internacional, es decir, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional y que no admite acuerdo en contrario, de esta manera el orden internacional ha definido a las normas de *ius cogens*.

La costumbre internacional por su parte, como fuente de derecho internacional, se constituye como un conjunto de reglas que se extraen de las prácticas o manifestaciones de la comunidad internacional y que son observadas con un sentido de obligatoriedad por parte de los Estados. La importancia de la costumbre como fuente de derecho internacional es de gran notoriedad, dada la conformación misma de orden jurídico internacional, que a partir de convenciones y tratados ha recogido de forma escrita muchas de estas costumbres en el relacionamiento de los sujetos del derecho internacional. La costumbre puede distinguirse de acuerdo a la amplitud de sujetos del derecho internacional que la practiquen, en tanto puede ser de naturaleza regional o universal²⁸.

La profesora Romero Pérez señala que respecto a la costumbre internacional como fuente aún no se ha especificado qué tan generalizada debe ser la praxis de los sujetos de DIP, ni tampoco cuál es el tiempo requerido para su consolidación (por lo cual se usan la expresión

²⁶ *Ibidem*, p. 313.

²⁷ Xiomara Lorena Romero Pérez. Vinculación de las Resoluciones Judiciales de la Corte Interamericana, editorial Universidad Externado de Colombia, p. 24 (2011).

²⁸ Marco Gerardo Monroy Cabra. Derecho Internacional Público, editorial Temis (2002).

práctica “ininterrumpida” y “constante”)²⁹. Ahora bien, la costumbre como fuente tiene validez general y “vincula tanto a los sujetos de derecho internacional que participaron en su formación, como aquellos que se abstuvieron de hacerlo, e incluso a aquellos que posteriormente surgen”³⁰.

Para el profesor Valencia Restrepo, la costumbre se entiende como “una conducta repetida, constante, uniforme, general y duradera de los sujetos del derechos internacional, que genera la convicción de su obligatoriedad jurídica entre los mismos”³¹, además agrega que la misma “se peculiariza por ser un derecho espontáneo, irreflexivo y descentralizado, en cuanto no es creación de un órgano internacional sino extrainternacional, que es la comunidad internacional. Por ello, las costumbres son normas implícitamente positivas”³².

Para el profesor colombiano, existen dos elementos estructurales de la costumbre, los cuales son el objetivo y el subjetivo. El primero es la *inveterata consuetudo*, es decir la práctica ininterrumpida que se constituye como material e histórica³³ y se entiende como “una conducta repetida, con las características de uniformidad, constancia, generalidad y duración”³⁴. En ese sentido, por *repetida* debe entenderse como “una reiteración de comportamientos, lo cual implica que, ante situaciones similares, los sujetos jurídico-internacionales deben adoptar una posición idéntica”³⁵. Por *uniforme y constante* debe comprenderse “que las actuaciones de los sujetos jurídico-internacionales, ante sucesivas situaciones similares, no han de ser ni contradictorias ni disímiles, lo cual genera una

²⁹ Xiomara Lorena Romero Pérez. Vinculación de las Resoluciones Judiciales de la Corte Interamericana, editorial Universidad Externado de Colombia (2011).

³⁰ *Ibíd.* p. 59.

³¹ Hernán Valencia Restrepo. Derecho Internacional Público. Editorial Comlibros, p. 371 (2008).

³² *Ibíd.* p. 371.

³³ José Luis Vallarta Marrón. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 52 (2014).

³⁴ Hernán Valencia Restrepo. Derecho Internacional Público. Editorial Comlibros, p. 372 (2008).

³⁵ *Ibíd.* p. 372.

identidad sustancial en el contenido de la práctica realizada por aquellos”³⁶, y es por ello que la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* de 1986³⁷ haya señalado “que los comportamientos no conformes con una norma consuetudinaria deben ser tratados como violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva norma”³⁸.

Por *general* no puede entenderse *unanimidad*, y en ese sentido, hace referencia a que este comportamiento debe ser observado por la generalidad de los Estados a través de un consenso o acuerdo general, por lo que es una práctica de varios o muchos Estados (de donde surgen costumbres regionales o particulares) y esto se prueba a partir de ver si los Estados que podían aplicar dicho comportamiento efectivamente lo hayan hecho. Y, finalmente, por *duradera* debe entenderse, desde la mirada del derecho internacional contemporáneo, en el sentido que la CIJ le ha dado en su jurisprudencia cuando afirma que “El hecho de que no haya transcurrido más de un breve periodo de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario (...) Es posible que, incluso si no ha transcurrido un largo periodo, baste una participación amplia y representativa”. El segundo elemento de la costumbre internacional, el subjetivo, consiste en la “convicción acerca de la obligatoriedad jurídica de la práctica (*opinio iuris sive necessitatis*)”³⁹. Así, los Estados “deben, pues, tener el sentimiento de que se comportan a lo que equivale una obligación jurídica”⁴⁰.

³⁶ *Ibíd.*, pp. 372-373.

³⁷ ICJ. Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Nicaragua vs. Estados Unidos de América, p. 98 (27 de junio de 1986).

³⁸ Hernán Valencia Restrepo. *Derecho Internacional Público*. Editorial Comlibros, p. 373 (2008)

³⁹ *Ibídem.* p. 375.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 375.

Ahora bien, existe una fuerte relación entre los tratados y las costumbre internacionales dado que los tratados multilaterales respecto de la costumbre pueden tener tres efectos: declarativo, cristalizador y constitutivo: el primero consiste en el efecto que “se produce cuando una costumbre preexistente es declarada o enunciada en un tratado multilateral para precisarla y sistematizarla por escrito”⁴¹; el segundo es cuando “una costumbre se encuentra en vías de formación o en cierre (*in statu nascendi*) y se convierte en una auténtica norma consuetudinaria por ser recogida en un tratado multilateral”⁴², y el tercero “se produce cuando se crea o se constituye una costumbre con posterioridad a su consagración por un tratado multilateral, merced a una práctica repetida, constante, uniforme, general y duradera de terceros Estados, de conformidad con la disposición convencional”⁴³.

Los conceptos de tratado y costumbre nos serán de gran utilidad a la hora de delimitar la fuente a la que pertenecen la Carta de la OEA, la CADH y la DADH, por el momento y solo con el fin de dar por terminada la explicación de las fuentes aludidas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ se tendrá que hablar brevemente de los principios generales del derecho, que representan construcciones éticas e históricas de naturaleza independiente que iluminan todo el orden jurídico internacional⁴⁴ y para finalizar, de la actividad judicial de tribunales internacionales y la doctrina de reconocidos tratadistas internacionales, se extrae también una fuente de derecho, que en virtud de su consagración como medio auxiliar, permite ver la aplicabilidad de reglas y principios a partir del análisis de casos o problemas jurídicos

⁴¹ *Ibíd.* pp. 377-378.

⁴² *Ibíd.* p. 378.

⁴³ *Ibíd.* p. 379.

⁴⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra. *Derecho Internacional Público*, editorial Temis (2002).

que son sometidos a la jurisdicción de las distintas cortes⁴⁵. La doctrina ha sido reconocida en igual sentido que la anterior como una fuente auxiliar del derecho, en tanto el trabajo de reconocidos tratadistas internacionales que profundizan en discusiones sobre la aplicabilidad y profundidad de los distintos conceptos, figuras o fundamentos del ordenamiento jurídico internacional⁴⁶.

VI. SOBRE EL STATUS JURÍDICO DE LA CARTA DE LA OEA, LA CADH Y LA DADH

Partiendo de la definición ya referenciada de tratado, es claro que dicho concepto comprende la posibilidad de que a los mismos se les asignen diversas denominaciones. Así, los tratados pueden nombrarse como “acuerdo, carta, convenio, convención, pacto, protocolo, compromiso, concordato, *modus vivendi*, estatuto, etc”⁴⁷. Sin embargo, comúnmente, el término “tratado” ha sido reservado para “aquellos acuerdos entre sujetos de derecho internacional (...) en cuya conclusión participa el órgano provisto del poder de concluir tratados, cuya determinación queda para el derecho interno del sujeto que se trate, y están contenidos en un instrumento formal único”⁴⁸.

Los términos Carta y Declaración también se han entendido dentro de las denominaciones de tratado⁴⁹ no pareciendo existir discrepancia en que por ejemplo, la CADH y la Carta de la OEA constituyen en efecto tratados internacionales y siendo por tanto ese su claro status jurídico. No obstante, no resulta igual de pacífica la cuestión cuando nos referimos a la

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Florentín Meléndez. III. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, 2012. At. 21.

⁴⁸ Modesto Seara Vázquez. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 55 (1974).

⁴⁹ José Luis Vallarta Marrón. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 74 (2014).

Declaración, pues según algunos doctrinantes “las declaraciones son actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptadas con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados”⁵⁰. Así, los efectos jurídicos que éstas pueden generar difieren de los efectos que generan los tratados propiamente dichos.

Ahora bien, atendiendo nuevamente a la definición de tratado internacional, existe cierto consenso en cuanto a algunos elementos básicos constitutivos de un tratado, entre los que pueden destacarse: a) que sea un acuerdo de voluntades entre sujetos del Derecho Internacional (Estados u Organizaciones Internacionales), b) que se manifieste por escrito, c) que se encuentre en uno o más documentos conexos, es decir ligados y relacionados entre sí y d) que sea regido por el Derecho Internacional⁵¹. En aplicación estricta a dichas características la DADH podría entenderse como un tratado internacional pues se trata de un acuerdo de voluntades entre estados, que consta por escrito, ligado o conexo a la Carta de la OEA —por su remisión al contenido de los derechos humanos y a partir de la creación de la CIDH en los años 70 que refiere de manera directa al contenido de la DADH— y regido por el Derecho Internacional. Esta posición ha sido sostenida por doctrinantes como Thomas Buergenthal⁵² o Faúndez Ledesma⁵³.

Pese a lo anterior y desde el planteamiento de la diferencia que podría existir entre los tratados propiamente dichos y las declaraciones, tendrá que decirse que la principal

⁵⁰ Pedro Nikken. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos, revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 65.

⁵¹ José Luis Vallarta Marrón. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 75 (2014).

⁵² Thomas Buergenthal. The revised OAS Charter and the Protection of Human Rights, The American Journal of International Law. 1975. At. 828.

⁵³ Héctor Faúndez Ledesma. El sistema interamericano de protección de derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 50-51 (2004).

diferencia que podría plantearse más allá de los elementos formales constitutivos de un tratado, radica en su obligatoriedad o “fuerza vinculante”. Al respecto, se encuentra frecuentemente en la doctrina, posiciones según las cuales se sostiene que las declaraciones “por su naturaleza y por sus procedimientos de adopción, no constituyen —en estricto sentido— instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados”⁵⁴. Es por ello que se les atribuye el mismo valor normativo de una recomendación⁵⁵.

Contrario sensu, desde la visión tradicional expuesta, se reconoce a los tratados o convenciones, como instrumentos jurídicamente vinculantes, lo que significa que los compromisos adquiridos son de obligatorio cumplimiento para los Estados⁵⁶. Es por ello posible encontrar en la doctrina afirmaciones que resaltan la necesidad de distinguir entre los tratados y las declaraciones de principios, ya que estas últimas “no están destinadas a producir efectos de Derecho, sino que sólo pretenden indicar una determinada intención de los gobiernos signatarios”⁵⁷. En el mismo sentido, se sostiene al respecto que “la distinción fundamental de estas declaraciones de principios, se encuentra en que los tratados están destinados a producir obligaciones jurídicas”⁵⁸.

Ahora bien, en el caso particular de la DADH, debe aceptarse que esta surgió como un manifiesto político y que por tanto inicialmente los estados no le dieron fuerza vinculante, es posible afirmar, sin embargo, que ciertos cambios en la situación jurídica interamericana

⁵⁴ Florentín Meléndez. III. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, 2012. At. 21.

⁵⁵ Pedro Nikken. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos, revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 65.

⁵⁶ Florentín Meléndez. III. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, 2012. At. 21.

⁵⁷ Modesto Seara Vázquez. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 70 (1974).

⁵⁸ *Ibidem*. p. 70.

le han dado también una función normativa a la declaración⁵⁹. Lo anterior porque “en primer lugar, su contenido normativo expresa principios de vigencia perdurable, y en segundo lugar, porque su adopción implica la viva esperanza de que la comunidad internacional las respetará”⁶⁰. Finalmente, bajo estos postulados serían las declaraciones las que encarnan los “mandatos de optimización”⁶¹. Tenemos por tanto que siendo una declaración de principios además un instrumento que contiene normas de *ius cogens*, dichas normas son vinculantes y no admiten norma en contrario. Adicionalmente y de manera general, “si la práctica de los Estados se adecúa a la declaración y la acepta como obligatoria, ella puede integrarse al derecho internacional consuetudinario”⁶².

La anterior es precisamente la postura que pretende defender este escrito, en el sentido que si alguna fuente del derecho internacional se deberá ligar a la DADH, será la costumbre, sin que ello entre en contraposición o riña con las posturas antes expuestas, cuando su contenido puede entenderse como tratado por conexidad o más aún cuando su contenido indique normas de *ius cogens*. Aquello porque “una declaración puede recoger lo que ya podría considerarse como una norma de derecho consuetudinario”⁶³. Tiene también la virtud de cristalizar una costumbre en formación, como resultado de la aprobación y proclamación solemne por unanimidad o por consenso de representantes gubernamentales,

⁵⁹ Thomas Buergenthal. The revised OAS Charter and the Protection of Human Rights, The American Journal of International Law. 1975. At. 828.

⁶⁰ Pedro Nikken. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos, revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 65.

⁶¹ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 87

⁶² Pedro Nikken. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos, revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 65.

⁶³ *Ibidem*. p. 67.

o puede ser el punto de partida de una práctica de los Estados que se integre posteriormente al derecho consuetudinario⁶⁴.

Así, ciertas declaraciones han podido obtener fuerza obligatoria sin necesidad de una convención internacional que recoja o desarrolle su contenido⁶⁵. Además porque es importante insistir en que muchos de los principios que las integran se han convertido en normas imperativas o de *ius cogens*⁶⁶. Incluso, porque aunque inicialmente su propósito no fuera crear obligaciones para los Estados, el paso del tiempo y el reconocimiento de los mismos Estados a dicho contenido normativo, la ha dotado de efectos jurídicos⁶⁷.

Es por lo anterior que, la COIDH debe considerar la posición respecto a la obligatoriedad de la DADH, esto es, que su status jurídico es el de ser vinculante y generar efectos jurídicos para los Estados de la región, bajo el postulado de que dicho instrumento ha transitado al campo de la costumbre internacional regional siendo, por tanto, fuente del derecho, vinculante y de obligatorio cumplimiento.

A modo de conclusión, es posible entonces indicar lo siguiente: i) los tratados internacionales son acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional y regidos por este, ii) pueden estar en un instrumento o en varios conexos o ligados entre sí, iii) los mismos surgen a la vida jurídica con el fin de crear obligaciones principalmente para los Estados, por lo que tienen fuerza vinculante, iv) un tratado que cumpla con las características antes indicadas, lo es independientemente de su denominación, v) La Carta de la OEA y la CADH son tratados internacionales vinculantes para sus signatarios, vi) desde una visión tradicional, las declaraciones no generan obligaciones jurídicas para los Estados pues son

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

inicialmente manifestaciones políticas, vii) La DADH ha pasado por varios estadios a lo largo de los años desde su creación, de ella puede decirse que los estados dejaron por sentados que no se trataba de un tratado, pero que posterior a la creación de la CIDH y la consagración de los elementos propios, bien podría entenderse como tal por su conexidad con la Carta de la OEA, más allá de ello, viii) se puede afirmar que la principal diferencia entre tratados y declaraciones de principios es que las últimas no son en sí mismas vinculantes jurídicamente, ix) sin embargo, algunas declaraciones son obligatorias para los Estados pues constituyen otras fuentes del derecho internacional, como las normas de *ius cogens* y la costumbre internacional, x) la posición que se adopta en este escrito y se propone a la COIDH, es que algunas declaraciones establecen obligaciones internacionales para los Estados y que en particular la DADH, consagra normas del *ius cogens* y además se ha constituido en costumbre regional, consagrando obligaciones *erga omnes*, siendo por tanto fuente del derecho internacional y vinculante para los países de la región.

VII. LA DADH COMO COSTUMBRE REGIONAL INTERAMERICANA

Para diversos autores, cuando se habla de costumbre internacional como fuente del DIP, es necesario diferenciar entre costumbre general o universal y costumbre regional y/o local. Al respecto, Lukashuk refiere que:

“Como regla, la costumbre universal se crea por la práctica general. Sin embargo, puede formarse también en la práctica de varios Estados y luego adquirir un carácter universal en virtud de su reconocimiento por otros Estados. Dicho propiamente, ocurre lo mismo que cuando se firman tratados, que

después de adherirse toda una serie de Estados, pueden llegar a ser universales.”⁶⁸

Para Arias⁶⁹, la costumbre regional, caracterizada por unir especialmente un grupo de Estados, si bien no está expresamente prevista en lo mencionado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, puede entenderse dentro de la costumbre como fuente y su posibilidad de existencia ha sido dada por la misma CIJ a través de sus pronunciamientos. Particularmente, en el caso que enfrentó a Colombia con Perú cuyo fallo fue proferido el 20 de noviembre de 1950, donde se refirió a la cuestión del derecho de asilo como una costumbre propia del derecho interamericano, esencialmente de los Estados de América Latina, en este sentido, la CIJ “empezó a desarrollar un concepto de costumbre que dejaba de lado el hecho de tener que ser una norma de carácter general para pasar a una visión particular de la norma consuetudinaria”⁷⁰.

Con posterioridad, la Corte continuó expresándose frente al eventual carácter particular de una norma consuetudinaria, así, en el caso de Derecho de Paso sobre Territorio Indio entre Portugal y la India, cuya sentencia fue proferida el 12 de Abril de 1960, se refirió al concepto de costumbre local o regional, dando lugar a diferenciar tres tipos de costumbres: i) Costumbre Universal, hace referencia a un tipo de normas que son aplicables a todos los Estados sin importar su ubicación geográfica, es decir, tienen un carácter universal en la medida que son vinculantes para toda la comunidad internacional de Estados; ii) Costumbre Regional, la cual se aplica entre estados de una misma región geográfica; iii) Costumbre

⁶⁸ Luis Arias. Fundamentos de Derecho Internacional Público, publicaciones de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, p. 97 (1988).

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Ricardo Abello-Galvis. La costumbre como fuente del derecho internacional: una caja de pandora imposible de cerrar, Derecho Internacional: varias visiones, un maestro, liber amicorum a Marco Gerardo Monroy Cabra. 2015. At. 3.

Bilateral o local, tiene que ver con las normas que un Estado específico le haya otorgado a otro sin importar su ubicación, su característica esencial es que es particular de las relaciones mutuas entre dos Estados⁷¹.

En todo caso, de acuerdo con Lukashuk⁷² la naturaleza jurídica de la costumbre posibilita la existencia de costumbres universales, regionales, particulares, en función del número de estados que la reconocen, sin embargo, las costumbres regionales y particulares no deben contradecir las normas generalmente aceptadas del Derecho Internacional. En este sentido, es importante destacar que existen casos donde la costumbre regional puede convertirse en universal; al respecto refiere Jennings que “los cambios también producen cambios en el derecho internacional esperando encontrar respuestas para tratar nuevas situaciones: ... así la curiosa expansión de la idea del *uti possidetis juris*, que pasó de ser un derecho latinoamericano a ser un derecho general para la determinación de las fronteras de los nuevos Estados.”⁷³

En otro sentido, como se ha mencionado, la consolidación de la costumbre regional se genera a partir de las prácticas particulares de los Estados pertenecientes a una misma región geográfica, así lo ha reconocido la CIJ en el fallo sobre derechos de paso entre India y Portugal⁷⁴. En el caso específico de América Latina, existe (incluso antes de 1950) una tendencia de integración normativa a través, por ejemplo, de acuerdos subregionales, dadas las dificultades que enfrentaban los países de la región ante el reconocimiento de sus pretensiones a nivel internacional, “estos esfuerzos constituyen la manifestación directa de

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Igor Ivanovich Lukashuk. Fuentes del Derecho Internacional Contemporáneo, editorial Progreso (1973).

⁷³ Jennings, S. (2006). General Introduction. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds). *The Statute of the International Court of Justice, a commentary*. Oxford: Oxford University Press. P, 498.

⁷⁴ ICJ. Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India. (1960).

un cierto espíritu nacionalista y regionalista, lo cual, pese a los muchos fracasos de integración, no deja de ser una aspiración constante del subcontinente desde comienzos del siglo pasado”⁷⁵.

América Latina posee diversos instrumentos regionales que dan cuenta de un ejercicio de costumbre regional, verbigracia, la Declaración de Cartagena, adoptada el 22 de noviembre de 1984, como resultado de un Coloquio sobre los problemas Jurídicos y Humanitarios de la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá; “la realidad es que encaró la cuestión con un enfoque general, globalizante, latinoamericano”. Si bien, la Declaración de Cartagena no es un tratado, no es una resolución de una organización internacional, tampoco es una traducción de Principios Generales de Derecho Internacional, “No hay duda, política y sociológicamente, de que la Declaración de Cartagena existe como hecho jurídico, se reconoce con validez y se aplica como tal”⁷⁶. En este sentido, la Declaración de Cartagena se constituye como uno de los mejores ejemplos del fenómeno que se ha denominado como de “formación espontánea” del Derecho Internacional; es decir, es una fuente espontánea y atípica de Derecho⁷⁷.

Ahora bien, la DADH proclama que los derechos del hombre no surgen a raíz de la nacionalidad respecto de un determinado Estado, sino que tienen sus cimientos en el hecho

⁷⁵ Angelina Jaffe Carbonell. América Latina y la Zona Económica Exclusiva, revista de Derecho Público, 1987. At. 31.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 218. Costumbre "sauvage" o salvaje, en vez de costumbre "sage", es decir en una mala traducción, prudente o cuerda. Expresa el autor que “la costumbre tradicional requería los dos elementos clásicos, el material o consuetudinario, constituido por la repetición estable de una práctica, durante un período considerable de tiempo, y el psicológico, la opinio juris, es decir la aceptación de la práctica con la convicción de que es jurídicamente obligatoria, dicho en términos latinos "la opinio juris sive necessitatis". Pero además imponía que el elemento material precediera cronológicamente al elemento psicológico, ya que era considerado la culminación de la acumulación de precedentes. La práctica contemporánea y una parte importante de la más moderna doctrina reconocen en la opinio juris el punto de partida del proceso consuetudinario: a las costumbres "sages" del pasado se sumarían así las costumbres "sauvages", a partir de "tendencias" progresivamente cristalizadas”.

mismo de ser humano y que "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del Derecho americano en evolución", lo que evidencia la intención de otorgarle una dimensión internacional a los derechos humanos, así como de adoptar medidas progresivas para instaurar su protección por parte de los Estados Americanos, recuérdese que la DADH terminaría siendo un importante instrumento incluso universal al ser previo a la Declaración Universal e irradiar con su contenido la visión americana de los derechos humanos⁷⁸. Un instrumento de tal valor para la humanidad, no podría ser desconocido en su contenido normativo.

En ese sentido, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones para los Estados miembros de la OEA y así lo dejó claro la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 10 de 1989 donde estableció que

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.⁷⁹

⁷⁸ Laurence Burgorgue-Larsen & Amaya Úbeda de Torres. *The Inter-American Court of Human Rights. Case law and commentary*, editorial Oxford University Press, p. 677 (2011).

⁷⁹ Opinión Consultiva OC-10/89. 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. Inter-Am. Court. H.R. (14 de julio de 1989).

Estas obligaciones no son otras que las que se derivan de cualquier norma sobre derechos humanos y son las de garantizar, proteger, y tomar las medidas pertinentes para salvaguardar los derechos contenidos en la DADH vista como un todo indisoluble.

Dado que la DADH no fue concebida como un tratado en el sentido estricto de la Convención de Viena, en principio, los derechos allí consagrados no serían vinculantes para los Estados; sin embargo, la CIDH ha venido decantando su fuerza vinculante y la forma de llenar de contenido todos estos derechos para poder aplicarlos a aquellos Estados que han formulado reservas a la CADH o que no son parte de ésta, pero que mantienen obligaciones respecto de la Carta de la OEA.

Así por ejemplo, en el caso de Edgar Tamayo Arias, Estados Unidos desconoció la medida cautelar que dictó la CIDH de suspender la ejecución hasta tanto no se dictara un pronunciamiento de fondo sobre la solicitud presentada, y le aplicó la pena de muerte con inyección letal al señor Tamayo. Ante esta situación, la CIDH estimó que “al permitir que la ejecución del señor Tamayo Arias se llevara a cabo en estas circunstancias, (...) Estados Unidos no actuó de conformidad con sus obligaciones fundamentales de derechos humanos como miembro de la Organización de los Estados Americanos.”⁸⁰ Esto pone de manifiesto que el solo hecho de pertenecer a la OEA ya acarrea una obligación de protección de los derechos humanos y de acatamiento de las medidas que dicte la Comisión para salvaguardar los mismos, es claro que la CIDH entiende el valor vinculante de la DADH reiterando su posición en distintos pronunciamientos⁸¹, lo cual constituye la denominada

⁸⁰ *Édgar Tamayo Arias vs. Estados Unidos*. Caso 12.873. Inter-Am. C.H.R. Reporte No. 44/14, OEA/Ser.L/V/II.151, doc. 9 (17 de julio de 2014).

⁸¹ *Baby Boy vs. Estados Unidos*. Caso 2141. Inter-Am. C.H.R. Reporte No. 23/81, párr. 16 (6 de marzo de 1981). & *Caso 9647 contra Estados Unidos*. Inter-Am. C.H.R. Informe No. 3/87, párr. 48 (1987).

opinio juris, necesaria para la consolidación de una costumbre en este caso, de carácter regional.

Aunado a lo anterior, el papel que cumple la CIDH como organismo encargado de la prevención y promoción de los derechos en América, también refleja que no solo recibe solicitudes de violaciones de DDHH de los países miembros del Pacto de San José. Por el contrario,

La Comisión aplica un doble régimen jurídico: a) respecto de los Estados que han ratificado y por tanto son Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, aplica el procedimiento y las normas sustanciales contenidas en dicho Pacto de San José; y b) en cuanto a los Estados Americanos que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; aplica la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.⁸²

Asimismo, la CIDH en su reglamento consagra dos procedimientos, uno que se refiere a las denuncias (peticiones y comunicaciones) hechas por cualquier persona o grupos de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida, contra un Estado que haya ratificado la CADH; y otro que indica el procedimiento cuando las denuncias o peticiones se hacen contra un Estado que no haya ratificado el Pacto de San José, en cuyo caso se aplica la DADH y el procedimiento estatuido en los artículos 51 a 54 del mencionado reglamento.

En línea con lo mencionado, la COIDH en ejercicio de su función consultiva ha señalado que la DADH se comprende como un instrumento de carácter regional indispensable para

⁸² Marco Gerardo Monroy Cabra. Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 131.

la protección de los derechos humanos⁸³, por ello es reiterativa en utilizar su contenido normativo para dotar de contenido y alcance las disposiciones de la CADH y para establecer las obligaciones internacionales que tienen los Estados que no han ratificado esta última respecto a los derechos humanos. Lo anterior, toda vez que, conforme sus palabras, “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la [OEA] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración Americana”⁸⁴. Esta práctica puede observarse en OC 6/86 párr. 29-30, OC 13/93 párr. 22, OC 16/99, párr. 36, OC 17/02 párr. 71, OC 18/03 párr. 55-56, OC 21/14 párr. 72, OC 22/16 párr. 45, OC 23/17 párr. 57 y OC 24/17 párr. 184. OC25/18 párr. 56.

Este carácter esencial dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se encuentra materializado específicamente en el artículo 29 de la CADH donde expresamente se señala “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Es claro que el SIDH ha entendido la fuerza vinculante y normativa de la DADH y no solo le ha tratado como una mera manifestación política, pues la Convención misma ha entendido que su valor normativo no puede limitar la DADH como postulado *erga omnes*, propio de la moral jurídica latinoamericana y pilar fundante incluso de postulados humanizantes internacionales.

La Declaración de Bogotá fue concebida como “el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas,

⁸³ Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada a la naturalización. Inter-Am. C.H.R., pár. 33 (11 de enero de 1984).

⁸⁴ Opinión Consultiva OC-10/89. 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. Inter-Am. Court. H.R. (14 de julio de 1989).

no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (Declaración Americana, Considerando cuarto)”⁸⁵. En este mismo sentido, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos afirma que esta declaración no crea una obligación jurídica contractual, pero sí señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana⁸⁶.

Así las cosas, partiendo de la afirmación de la COIDH según la cual “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución” (OC 10/89 párr.37), y del postulado de la CIJ según el cual “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”⁸⁷ se entiende que el status jurídico de la DADH es el de ser “una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA”⁸⁸, pues en virtud de las concepciones del derecho internacional contemporáneo, “la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes” derivada de la DADH. Lo anterior, fundamentado en que la DADH es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta de la OEA. Por ello, para los Estados miembros de la OEA, la DADH se constituye en una fuente de obligaciones internacionales.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ ICJ. Recomendaciones e informes, 1949-1953 (1955), pág. 107. Ver también U.S. Department of State, Report of the Delegation of the United States of America to the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948, ad 35-36 (Publ. No. 3263, 1948).

⁸⁷ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31.

⁸⁸ OC 10/86 párr.42

Adicionalmente, tal como lo afirma el profesor Vallarta Marrón (2014), suele suceder en la práctica que un tratado no entre en vigor, pero que los Estados que participaron en su creación lo apliquen de manera voluntaria, práctica a partir de la cual puede formarse el Derecho consuetudinario (p.57). Por ello, independiente de la discusión sobre si es o no un tratado la DADH, debe concebirse que los Estados y las organizaciones internacionales interamericanas, tales como la CIDH y la HCOIDH, le han dado una aplicación de tal forma que de ella se desprende la existencia de un Derecho consuetudinario de carácter regional.

A manera de conclusión, entonces, podrá decirse lo siguiente: i) Existe la costumbre regional y esta hace parte de la fuente de derecho internacional “costumbre” entendida en el art. 38 del Estatuto de la CIJ; ii) Conforme al contenido de la DADH, la remisión de la Carta de la OEA y el reglamento de la CIDH, respecto a aquellos estados que no han firmado la CADH la CIDH puede conocer de vulneraciones y activar sus mecanismos en observancia de la DADH como fuente vinculante de obligaciones; iii) más allá de si la DADH puede considerarse como un tratado internacional, es claro que ella se consagran los valores y principios básicos que orientan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de forma tal que lo Estados se sienten vinculados a la misma y ejecutan acciones tendientes a la protección y promoción de los DDHH, de manera general y reiterada y que, adicionalmente la CIDH entiende su vinculatoriedad y se ha pronunciado al respecto en distintas ocasiones, produciendo la *opinio juris* necesaria para consolidar a la DADH como una costumbre regional interamericana.

VIII. CUADRO SISTEMÁTICO DE DERECHO HUMANOS

Dado que el Estado de Colombia utiliza esta expresión en la Solicitud de Opinión Consultiva sin especificar a qué se refiere con la misma, y que resulta trascendental entender a qué hace alusión la misma, toda vez que se parte de la existencia de tal cuadro para formular la tercera pregunta, en este apartado se dilucidará su contenido.

Al respecto es importante señalar que taxativamente la expresión “cuadro generalizado de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” no se encuentra desarrollada en la jurisprudencia de la COIDH ni en instrumentos internacionales; no obstante, a partir de una interpretación sistemática es posible inferir que la misma resulta equiparable a la noción de crímenes de lesa humanidad, los cuales sí han tenido un amplio desarrollo desde el derecho internacional.

Antes de entrar específicamente a la noción de crimen de lesa humanidad, es preciso identificar que en la sentencia *Órdenes Guerra y otros contra Chile* de la COIDH se menciona expresamente que: “En el D.S. No. 355 chileno se entendió por graves violaciones “las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos”⁸⁹. Además, se abordó la obligación de adoptar medidas de no repetición “para que nunca más en Chile el Estado vuelva a vulnerar los derechos humanos de manera sistemática, masiva e institucionalizada como ocurrió entre 1973-1990”⁹⁰.

⁸⁹ Párr 33.

⁹⁰ Párr 20.

De estas expresiones puede derivarse que en ese caso específico se hizo mención de los elementos constitutivos de lo que se entiende por una grave violación de derechos humanos, en el sentido en el que se especifica las características de ser “sistemática, masiva e institucionalizada”, lo cual se hace equivalente a la noción “crimen de lesa humanidad” el cual fue abordado y desarrollado en la emblemática sentencia Almonacid Arellano contra Chile, donde, a través de una revisión histórica, se enuncia que:

“El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”⁹¹. Asimismo, el término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía.”⁹²

Asimismo, la Corte reconoce que el papel significativo que cumplió el Estatuto de Nuremberg en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa:

⁹¹ Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio núm. IV).

⁹² Egon Schwelb, Crimes Against Humanity, British Yearbook of International Law. Vol 23, (1946), 178, pág. 181. “[L]os crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”

Estatuto de Nuremberg: Artículo 6.- El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones: [...] (c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

De esta forma se menciona otro elemento esencial: los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Además, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad.

Sumado a ello, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, afirma que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser

considerado responsable.⁹³ Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribe esos crímenes. Asimismo, afirma la Corte Interamericana en el caso referido de Almonacid Arellano que dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general (Párr 99). Además, la Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*.

Ahora bien, según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso *Prosecutor v. Erdemovic* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que

[L]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.⁹⁴

⁹³ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997, at para. 649. Esto fue posteriormente confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, Judgement, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Judgement, February 26, 2001, at para. 178.

⁹⁴ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22- T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

En nuestros tiempo, el instrumento que resulta esencial para definir un crimen de lesa humanidad, entendiendo esta expresión análoga a graves violaciones a derechos humanos, es el Estatuto de Roma, el cual en su artículo 5 establece su competencia material identificando que “tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión”

Y, puntualmente, en su artículo 7 consagra los Crímenes de lesa humanidad, donde señala:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

De lo anterior puede concluirse unas características esenciales para determinar qué podría entenderse por cuadro de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos: primero, al hablar de “cuadro” se puede inferir la referencia a un contexto generalizado, segundo, al hablar de “graves y sistemáticas” se está haciendo referencia al nivel de intensidad y de frecuencia de las conductas vulneratorias, y en ese sentido, la expresión crimen de lesa humanidad, el cual puede ser cometido en tiempos de paz o de guerra y debe tener los elementos de ser “generalizado o sistemático” y dirigirse “contra una población civil”, resulta análoga.

De esta forma se concluye que en aras de mayor claridad la HCOIDH deberá asimilar la expresión “cuadro de violaciones graves o sistemáticas a derechos humanos” a “crímenes de lesa humanidad” y en ese sentido resultará más claro y coherente entender la necesidad de la protección de los derechos humanos de quienes padecen estas masivas vulneraciones, siendo necesaria por tanto la tutela internacional desde la activación de los órganos internacionales con capacidad de generar recomendaciones y/o condenas.

IX. CONCLUSIONES

A partir de una postura neo-iusnaturalista, la obligatoriedad del DIP está dada más allá de la voluntad de los Estados, toda vez que su fuerza vinculante proviene de la costumbre internacional, las normas de *ius cogens* y los principios generales, dado que estos representan un sentido de justicia proveniente del constituyente primario internacional: la comunidad internacional. La DADH se consolida hoy como una costumbre regional que consagra principios de justicia y normas de *ius cogens*, que debe verse como un cuerpo imposible de ser desagregado en partes al considerar que algunos de sus postulados son de cumplimiento y otros no, pues perdería su esencia como carta rectora interamericana por lo

que es su integridad resulta de obligatorio cumplimiento para los Estado Americanos, incluso, más allá de su voluntad.

Lo anterior porque, a partir de los elementos constitutivos de la costumbre previamente abordados, es posible afirmar que existe una práctica generalizada y reiterada de los Estados Americanos y de las organizaciones interamericanas de buscar respetar, proteger y adecuar mecanismos para la consagración de los DDHH en los términos de la DADH, con las características de ser uniforme, constante, general y duradera. Además, los Estados y organizaciones internacionales tienen la convicción acerca de la obligatoriedad jurídica de la DADH (*opinio iuris sive necessitatis*), teniendo el sentimiento de que la misma consagra obligaciones jurídicas *erga omnes*.

Ahora bien, respecto a las preguntas formuladas por la República de Colombia, se presentarán las respectivas conclusiones:

Primera pregunta: *A la luz del derecho internacional, convencional y consuetudinario, y, en particular, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: ¿Cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?*

La CADH regula jurídicamente el proceso de denuncia en sus artículo 78 y 79 donde se expresa, por un lado, que “Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando a la Secretaría General de la Organización, quien debe de informar a las otras partes, y por el otro, que “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado, de las obligaciones contenidas en

esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.”

Además, la Convención de Viena sobre el derechos de los tratados de 1969 señala que los efectos de la denuncia de un tratado multilateral (como la CADH), “a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.” Ahora bien, en el artículo 43 de este mismo instrumento se señala que las denuncias “cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

En este sentido, las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene un Estado Miembro de la OEA que ha denunciado la CADH son: Por un lado, las de respetar y garantizar los derechos humanos (consagrados en el artículo 1.1 y 2 de la CADH) respecto de situaciones vigentes que tuvieren comienzo desde antes de la denuncia, y en ello podría ejemplificarse hipotéticamente respecto a vulneraciones a derechos humanos de carácter continuo y permanente como la desaparición forzada⁹⁵ de personas o el desplazamiento forzado interno⁹⁶.

⁹⁵ Tal y como lo ha señalado la COIDH en las sentencias: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. párr. 155; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras.

⁹⁶ Tal y como lo ha señalado la COIDH en las sentencias: Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. párr. 108; Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. párr. 178.

Por otro lado, las obligaciones que se desprenden de la Carta de la OEA y la DADH se consagran en la Carta de la OEA en los arts. 3 inciso i), 11 y 12 de dicho instrumento, así como en el considerando y preámbulo de la DADH, una lectura sistemática de dicho articulado permite entender que los estados mantienen su obligación de respeto, promoción y garantía de DDHH, obligaciones que deben dotarse de contenido conforme a lo entendido por ellas en el SIDH, luego, aun cuando un Estado no sea parte de la CADH mantiene sus obligaciones respecto a DDHH por ser parte de la OEA y bajo el contenido que de DDHH consagra la DADH.

SEGUNDA PREGUNTA: *En el evento de que dicho Estado denuncie además la Carta de la Organización de los Estados Americanos y busque retirarse de la Organización, ¿Cuáles son los efectos que dicha denuncia y retiro tienen sobre las obligaciones a que se refiere la PRIMERA PREGUNTA?*

La denuncia y el retiro de la Carta de la OEA por parte de un Estado Americano se encuentran consagrados en el artículo 143 donde se expresa que aquella “regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, la cual comunicará en cada caso a los demás, las notificaciones de denuncia que reciba. Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba una notificación de denuncia, la presente Carta cesará en sus efectos respecto del Estado denunciante, y éste quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta.” En este sentido, dicha denuncia y retiro generarían el efecto de desvincular al Estado Americano al cumplimiento de la misma. No obstante, es la postura de los autores del presente texto que respecto a las obligaciones en materia de DDHH, la DADH al

constituirse como costumbre regional continúa siendo una fuente vinculante para los Estados Americanos, y por ello los mismos continúan vinculados con todas las obligaciones que se derivan de la misma independiente de su voluntad de retirarse de los tratados internacionales (CADH y Carta OEA).

TERCERA PREGUNTA: *Cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ocurra bajo la jurisdicción de un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la OEA,*

1. ¿Qué obligaciones en materia de derechos humanos tienen los restantes Estados miembros de la OEA? 2. ¿De qué mecanismos disponen los Estados miembros de la OEA para hacer efectivas dichas obligaciones? 3. ¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la Jurisdicción del Estado denunciante?

Los demás Estados Americanos tienen la obligación de denunciar dichas vulneraciones a derechos humanos y de activar los mecanismos internacionales a disposición, tales como el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, dado que dicho cuadro de violaciones graves y sistemáticas se configurarían como crímenes de lesa humanidad respecto de los cuales la Corte Penal Internacional tiene competencia.

Ahora bien, es la postura de los autores que la CIDH si bien está constituida bajo la formulación de la Carta de la OEA, la misma ha reconocido tradicionalmente que tiene competencia respecto de la DADH frente a Estados que no se rigen bajo la CADH ello por cuanto la labor de la CIDH va mucho más allá del análisis de casos, su existencia se concibe desde la necesidad de promoción, difusión y protección internacional de DDHH y en ese sentido carecería de lógica que entiendo la DADH como una costumbre regional, los

mecanismos de la CIDH que le han dado vida a dicha declaración quedaran inoperantes, por ello, la CIDH continuaría teniendo competencia para ocuparse de casos de graves vulneraciones a derechos humanos que ocurran al interior de un Estado que haya denunciado la CADH y la Carta de la OEA, incluso habiéndose retirado de la misma, pues la fuente jurídica de esta competencia provendría no exclusivamente del tratado (Carta OEA), sino también de la costumbre regional interamericana.

En este sentido, desde el SIDH, las personas sujetas a la Jurisdicción del Estado denunciante podrían denunciar ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Corte Penal Internacional y, especialmente, la CIDH así como activar los mecanismos adicionales con que la CIDH cuenta en su cumplimiento misional.

Así las cosas, al revisar los considerandos de la IX Conferencia Internacional Americana y el Preámbulo de la DADH, se puede concluir que: las constituciones nacionales de los Estados Americanos reconocen que las instituciones jurídicas y políticas tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que permitan su satisfacción, o naciendo los mismos del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, por ello no depende su protección de la voluntad de un Estado respecto a un tratado internacional. Asimismo, la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución, y que el mismo deberá ser fortalecido cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias. Por ello, desde una mirada contemporánea y evolutiva, debe comprenderse que la costumbre vincula aún en contra de la voluntad de los Estados, y por ello, la DADH como costumbre continúa obligando a los Estados Americanos aún cuando

denuncien los tratados interamericanos, esto, además, fundamentado en que “los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”⁹⁷

REFERENCIAS

Agencia de la ONU para los Refugiados, Historia de los Derechos Humanos: un relato por terminar (2017) Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

Alberto Lleras, EL PACTO DE BOGOTÁ Y LA OEA. Informe sobre la IX Conferencia Internacional Americana (1948) Disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/>

Álvaro Paúl Díaz, La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la relevancia actual de sus trabajos preparatorios (2016) Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200012>

Angelina Jaffe Carbonell. América Latina y la Zona Económica Exclusiva, revista de Derecho Público, 1987. At. 31.

Baby Boy vs. Estados Unidos. Caso 2141. Inter-Am. C.H.R. Reporte No. 23/81, pár. 16 (6 de marzo de 1981). & Caso 9647 contra Estados Unidos. Inter-Am. C.H.R. Informe No. 3/87, pár. 48 (1987).

Carolina Romano, LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y A LA INFANCIA. UN DESAFÍO PARA LA CONVERGENCIA CON EL ENFOQUE DE DESARROLLO HUMANO EN AMÉRICA LATINA. Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 – 0618 <http://www.urjc.es/ceib/> Vol. 13, Edición Especial, 2019

⁹⁷ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo. 1948.

CIJ – Sentencia del 12 de Abril de 1960, caso de Derecho de Paso sobre Territorio Indio entre Portugal y la India.

CIJ – Sentencia del 20 de noviembre de 1950, caso de Derecho de Asilo entre Colombia y Perú.

Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio núm. IV).

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo. 1948.

Echeverri, P (2011), IUS COGENS en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. Revista Memorando de Derecho, 205 -233

Édgar Tamayo Arias vs. Estados Unidos. Caso 12.873. Inter-Am. C.H.R. Reporte No. 44/14, OEA/Ser.L/V/II.151, doc. 9 (17 de julio de 2014).

Egon Schwelb, Crimes Against Humanity, British Yearbook of International Law. Vol 23, (1946), 178, pág. 181. “[L]os crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres”

Florentín Meléndez. III. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, 2012. At. 21.

Godio, L (2002). Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional público. Revista de derecho, 47-68.

Héctor Faúndez Ledesma. El sistema interamericano de protección de derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 50-51 (2004).

Hernán Valencia Restrepo. Derecho Internacional Público. Editorial Comlibros (2008).

ICJ. Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Nicaragua vs. Estados Unidos de América, p. 98 (27 de junio de 1986).

ICJ. Caso relativo al derecho de paso por territorio de la India. (1960).

ICJ. Recomendaciones e informes, 1949-1953 (1955), pág. 107. Ver también U.S. Department of State, Report of the Delegation of the United States of America to the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948, ad 35-36 (Publ. No. 3263, 1948).

Igor Ivanovich Lukashuk. Fuentes del Derecho Internacional Contemporáneo, editorial Progreso (1973).

Jennings, S. (2006). General Introduction. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds). The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press. P, 498.

John Rawls. El derecho de gentes, Revista Isegoría, 1997. At. 5.

John Rawls. El liberalismo político, Editorial CRÍTICA (1995).

John Rawls. Teoría de la Justicia, Editorial Fondo de Cultura Económica (2015).

José Luis Vallarta Marrón. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 75 (2014).

Laurence Burgorgue-Larsen & Amaya Úbeda de Torres. The Inter-American Court of Human Rights. Case law and commentary, editorial Oxford University Press, p. 677 (2011).

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31.

Los Estados, como sujetos plenos, originarios y ordinarios del derecho internacional, y los relativos, derivados y extraordinarios como las Organizaciones Interestatales, la Cruz Roja Internacional, entre otros.

Luis Arias. Fundamentos de Derecho Internacional Público, publicaciones de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, p. 97 (1988).

Marco Gerardo Monroy Cabra. Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989. At. 131.

Marco Gerardo Monroy Cabra. Derecho Internacional Público, editorial Temis (2002).

México: Fondo de Cultura Económica.

Modesto Seara Vásquez. Derecho Internacional Público, editorial Porrúa, p. 55 (1974).

MÓNICA ARANGO OLAYA, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/03.pdf>

Opinión Consultiva OC-10/89. 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. Inter-Am. Court. H.R. (14 de julio de 1989).

Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada a la naturalización. Inter-Am. C.H.R., pár. 33 (11 de enero de 1984).

Organización de Estados Americanos, Nuestra Historia (2019) Disponible en:
http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

Organización de Estados Americanos, Nuestra Historia (2019) Disponible en:
http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

Organización de Naciones Unidas. (23 de mayo de 1969). Convención de Viena sobre el
Derecho de los Tratados

Otfried Höffe. Justicia Política, editorial Paidós (2003).

Pedro Nikken. La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del
moderno derecho internacional de los derechos humanos, revista Instituto Iberoamericano
de Derechos Humanos, 1989. At. 65.

Ricardo Abello-Galvis. La costumbre como fuente del derecho internacional: una caja de
pandora imposible de cerrar, Derecho Internacional: varias visiones, un maestro, liber
amicorum a Marco Gerardo Monroy Cabra. 2015. At. 3.

Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales, 2007, pág. 87

Sorensen, M. (1981). Manual de Derecho Internacional Público.

Thomas Buergenthal. The revised OAS Charter and the Protection of Human Rights, The
American Journal of International Law. 1975. At. 828.

Thomas Buergenthal. The revised OAS Charter and the Protection of Human Rights, The
American Journal of International Law. 1975. At. 828.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-
1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997, at para. 649. Esto fue posteriormente

confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, Judgement, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Judgement, February 26, 2001, at para. 178.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22- T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

Xiomara Lorena Romero Pérez. Vinculación de las Resoluciones Judiciales de la Corte Interamericana, editorial Universidad Externado de Colombia, p. 24 (2011).



Ángela Patricia Benavides Cerón

Abogada

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Directora SELIDH

Universidad de Antioquia