

**ESCRITO DE AMICUS CURIAE
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

Presentado por el

Prof. HAROLD BERTOT TRIANA

Relativa a

**OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS DE UN ESTADO QUE HA DENUNCIADO LA
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS
HUMANOS Y QUE INTENTA RETIRARSE DE LA OEA**

La Habana, Cuba

Julio de 2019

Introducción.

Este escrito es presentado a título individual por su autor, quien se desempeña como profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Sus conclusiones no reflejan en modo alguno las opiniones ni el punto de vista de la institución para la cual ejerce la docencia. El escrito expone respetuosamente a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”) *algunas reflexiones generales* sobre las preguntas formuladas en la solicitud de opinión consultiva de referencia. El autor es consciente que las preguntas formuladas están relacionadas con temas de gran importancia para el continente americano y sus contenidos están inmersos en un gran debate, atizado en los últimos años, y que vincula aspectos como soberanía estatal y derechos humanos; la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; medidas regresivas, politización y medidas selectivas en materia de derechos humanos; intereses políticos y disputas ideológicas, etc.

El escrito sigue la lógica de las preguntas formuladas por el Estado de Colombia, con algunas observaciones puntuales sobre aspectos de admisibilidad y competencia que desarrollaremos someramente. En la solicitud el Estado de Colombia expone las disposiciones específicas a interpretar¹, pero no aparecen directa y expresamente en el contenido de las preguntas que formula, lo que demandará reconducir el contenido de estas preguntas con las disposiciones específicas a interpretar que se indican al margen de su formulación expresa. En todo caso, algunas conclusiones de las tres preguntas tendrán primero que valorar, en las situaciones que se describen, el alcance y valor jurídico de instrumentos jurídicos internacionales *en su totalidad* en el continente americano, para luego hacer una interpretación de las disposiciones específicas que se señalan de estos instrumentos. Ello traerá como resultado, en algunos casos, que la determinación de las obligaciones en materia de derechos para las situaciones que se plantean, en realidad se puedan extraer también de otras disposiciones jurídicas contenidas en estos instrumentos jurídicos internacionales vistos *en su totalidad*, aunque el carácter obligatorio de éstas puede derivarse de enunciados normativos generales contenidos en disposiciones jurídicas específicas del propio instrumento.

A modo de ilustrar solamente lo anterior: de la respuesta afirmativa que se exponga en la primera pregunta sobre la subsistencia de obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado denunciante de la Convención Americana de Derechos

¹ En la Solicitud de Opinión Consultiva presentado por Colombia se establecen las disposiciones de la Declaración Americana, la Carta de la OEA y la Convención Americana, cuya interpretación se solicita: de la Declaración Americana (los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana, por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana y los seis párrafos no numerados del Preámbulo de la Declaración misma); de la Carta de la OEA, los párrafos primero a quinto, no numerados del Preámbulo, el artículo 3.I), el artículo 17, el artículo 45, el artículo 53 y el artículo 106; de la Convención Americana, los cinco párrafos, no numerados, del Preámbulo, el artículo 1, artículo 2, artículo 27, artículo 29, artículo 30, artículo 31, artículos del 33 al 65 y artículo 78. El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: Ver la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia relativa a Obligaciones en Materia de Derechos Humanos de un Estado que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que Intenta Retirarse de la OEA, San José de Costa Rica, Abril de 2019, pp.15-16. El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf

Humanos (en lo adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) –cuando la denuncia no se ha hecho efectiva-, involucrará para esta determinación a la propia Convención en *su totalidad* y no sólo a las disposiciones específicas que se señalan para interpretar, aunque de éstas se puedan extraer enunciados normativos generales que se dirijan a puntualizar esta interpretación *in toto* de las disposiciones del instrumento. De modo que aunque se pueda determinar la subsistencia de obligaciones a partir de disposiciones específicas, ya veremos que, para las situaciones que se plantean, las obligaciones se explicitarán en muchas otras disposiciones del instrumento jurídico *en su totalidad*.

Dicho lo anterior, pasaremos a exponer algunas observaciones a las preguntas formuladas por el Estado de Colombia, para lo cual, insistimos, seguimos la lógica en que fueron presentadas ante la Corte.

1) El alcance de las obligaciones internacionales que en materia de protección y promoción de los derechos humanos tiene un Estado miembro de la OEA que ha denunciado la Convención Americana.

El Estado de Colombia pregunta específicamente en busca de la opinión consultiva de la Corte: “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?”² Con esta pregunta se busca que “la Corte señale cuáles son las obligaciones que posee, en materia de derechos humanos, un Estado que aunque ha denunciado la Convención sigue siendo miembro de la OEA”, así como “obtener claridad sobre cuál es el marco normativo que se debe aplicar a aquellos Estados del continente que, por las razones que sean, dejen de ser partes en la Convención pero siguen vinculados por la Carta y por las normas que la desarrollan, como es el caso de la Declaración Americana.”³

La Convención Americana prevé la posibilidad en su artículo 78 de que los Estados partes puedan denunciar la 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 al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.” En el Pacto se establece en su segundo párrafo 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.”

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos se inserta en un proceso de transformación del derecho internacional en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, en que las obligaciones que asumen los Estados, como ha reiterado la Corte en más de una ocasión, son respecto a las personas bajo su jurisdicción y no respecto a otros Estados, en dicho tratado no se abandona una institución que reproduce el esquema tradicional de vinculación o denuncia por parte de los Estados de manera

² Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párr.35.

³ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párrs. 41 y 45.

soberana.⁴ Como ya expresó la Corte: “Una interpretación de la Convención Americana «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin», lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo (...); si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año.”⁵

En un inicio, habría que advertir varias situaciones luego que la denuncia se hace efectiva:

1.1 En primer lugar, apuntar que, como establece la propia Convención, el Estado *seguiría vinculado al mecanismo de protección previsto en ésta en todo lo concerniente a hechos acaecidos en el período previo a que dicha denuncia se haga efectiva*. Estas limitaciones *ratione temporis* en miras de proteger los derechos humanos, tienen que ver, como en su momento expresó Cançado Trindade en su *voto razonado* en el *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, en que “(a) pesar de su apertura a las manifestaciones del voluntarismo del estado, la denuncia ha sido, sin embargo, impregnada también con las consideraciones básicas de la humanidad en lo que se refiere a los tratados de una naturaleza humanitaria. En última instancia, uno se enfrenta aquí con el principio fundamental, superior e inescapable de buena fe (*bona fides*), y uno debe actuar según el mismo.”⁶ De este modo, desde el punto de vista procedimental, la Corte y la Comisión podrían seguir actuando en aquellos hechos acontecidos en el período previo a la efectividad de la denuncia, en lo concerniente al trámite de denuncias, el inicio del procedimiento ante la Corte, medidas cautelares, supervisión de sentencias, etc. Como también tuvo oportunidad de apuntar Cançado Trindade, las decisiones de la Corte en tal caso seguirían vinculando al Estado denunciante, y una eventual incumplimiento de las sentencias de la corte “representarían una violación adicional a la Convención

⁴ Existe una amplia discusión en la literatura que aborda la cuestión de la denunciabilidad y los Tratado de derechos humanos. Ver en este sentido: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto , *International Law for Humankind Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp.445-448; MERON, Theodor, *International Law in the Age of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp.208-210 (también como *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp.208.209); REISMAN, W. Michael and ARSANJANI, Mahnoush H., “No Exit? A Preliminary Examination of the Legal Consequences of United States’ Withdrawal from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations”, en *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Throuhg International Law, Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Edited by Marcelo G. Kohen, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2007, pp.897-926; TYAGI, Yogesh, “Denunciation of Human Rights Treaties”, *British Yearbook Law*, Volumen 79, Issue 1, 2008, pp.86-193; KLEIN, Eckart, “Denunciation of Human Rights Treaties and the Principle of Reciprocity”, en *From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honor of Bruno Simma*, Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer and Christoph Vedder, Oxford University Press, 2001, pp.447-487.

⁵ *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr.40

⁶ Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr.56

Americana (artículo 68), así como del derecho internacional general (*pacta sunt servanda*), con todas las consecuencias jurídicas que deriven de eso.”⁷

1.2. En segundo lugar, si bien la denuncia conlleva formalmente que el Estado no estaría, desde que se hace efectiva la denuncia, obligado por las disposiciones del tratado respecto a todo hecho que acontezca con posterioridad a esa fecha, para el caso de un Estado miembro de la OEA habría que hacer algunas precisiones sobre las obligaciones en materia de derechos humanos que no puede abandonar el Estado denunciante en el contexto americano, si tomamos en cuenta el *corpus iuris* de derechos humanos establecido en la región:

1.2.1 *El Estado denunciante de la Convención, como Estado miembro de la OEA, seguiría vinculado a las disposiciones en materia de derechos humanos de la Carta de la OEA, a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, a las disposiciones de aquellos tratados de derechos humanos de los cuales sea parte de carácter universal y de aquellos en los que sea parte en el continente americano.*

Como es conocido, la construcción del sistema interamericano tiene un momento de particular importancia en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*⁸, aprobada la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, en 1948.⁹ Aunque los delegados representados en aquella IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, en 1948, donde se dio nacimiento a la Organización de Estados Americanos (OEA), optaron por no convertir aquel instrumento en una Convención y otorgarle únicamente el rango de Declaración, *su valor jurídico ha sido de incuestionable utilidad en la conformación y consolidación de un sistema regional de protección de derechos humanos*. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, *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*¹⁰, se pronunció sobre el valor jurídico de esta Declaración para el sistema interamericano de derechos humanos.

A partir de considerar varios artículos de la Carta de la OEA, del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979¹¹, así como del

⁷ Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, *supra*, párr.68.

⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁹ Ya Héctor Gross tuvo oportunidad de señalar que esta Declaración “se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos, ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica.” GROS ESPIELL, Héctor, “La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *IIDH*, San José, 1989, p.42.

¹⁰ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

¹¹ Una primera idea a esta cuestión ha sido expuesta por Pedro Nikken, cuando subraya una posición que sostiene que la Declaración queda incorporada a la Carta de la Organización de Estados Americanos de

reconocimiento de la Declaración Americana por parte de la Asamblea General de la Organización como una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA, la Corte Interamericana consideró que “a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.”¹² Y sigue en este sentido la Corte: “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. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.”¹³

De este modo, la Declaración Americana, la Carta de la OEA y Convención Americana han venido a formar, como nos recordó Thomas Buergenthal, un solo *corpus iuris*, que no es más que el derecho interamericano de los derechos humanos.¹⁴ En consecuencia

manera indirecta por medio de la Comisión de Derechos Humanos. Así, la Comisión de Derechos Humanos, nacida por una resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959, y que no se encontraba regulada en la Carta inicial de la OEA -a la que no le eran ajenos los derechos humanos como principios fundamentales en la Carta-, establecía en su Estatuto que para sus fines se entendería como derechos humanos aquellos consagrados por la Declaración, lo que se mantuvo con la posterior reforma al Estatuto de la Comisión. De esta forma, con la reforma a la Carta por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, donde se incluye a la Comisión entre sus órganos permanentes con la misión de velar por los derechos humanos hasta que no entrara en vigor una Convención sobre el tema, es que se entiende que la Declaración Americana se incorporaba a la Carta, que se convertía en una fuente del valor normativo y obligatorio de dicha Declaración. La entrada en vigor de la Convención de Derechos Humanos en 1978, no impidió que en el Estatuto de la Comisión, aprobado mediante la Resolución N° 447 (IX-O/79) adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31 de octubre de 1979, se estableciera en su artículo 1 que debía entenderse para los fines del Estatuto “los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma” y “los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.” Ver NIKKEN, Pedro, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos”, IIDH, San José, 1989, pp. 65-99.

¹² Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, *supra*, párr.43.

¹³ Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, *supra*, párrs.45, 46 y 47.

¹⁴ Reflexionaba este autor: “Al mismo tiempo cabe reconocer que la Carta y la Declaración, por un lado, y la Convención, por otro, desempeñan funciones muy diferentes y, según su contexto, tienen efectos normativos muy distintos. Para algunos propósitos, estos instrumentos conforman una unidad o un todo; para otros, representan fuentes legales diferentes. Es éste un fenómeno que es bastante común en el derecho, una vez que empezamos a analizar la relación conceptual y normativa que existe entre diferentes instrumentos, instituciones o sistemas legales. Lo que resulta tan interesante cuando nos lanzamos a investigar el contexto interamericano, es el descubrimiento de que el derecho que hemos venido desarrollando durante años es mucho más sofisticado de lo que nos habíamos imaginado, que vio la luz en esta ciudad, como un instrumento que quienes lo redactaron pensaron carecería de todo efecto legal. ¡Qué

todo Estado miembro de la OEA, que no sea Estado parte de la Convención Americana o la haya denunciado, estaría formalmente obligado en materia de derechos humanos por las propias disposiciones de la Carta y por la Declaración Americana. A ello habría que sumar que el *sistema interamericano* de protección de derechos humanos existente en la actualidad es producto de un proceso en que se han ido perfeccionando los mecanismos de protección de los derechos y se ha ampliado considerablemente el contenido de varios derechos humanos, con el fortalecimiento de una *dimensión sustantiva*, que habría que colocar más allá de la Convención Americana de Derechos Humanos y ubicarla en la puesta en vigor de un grupo importante de instrumentos regionales de protección y promoción de Derechos Humanos.¹⁵

1.2.2 *En segundo lugar, resulta obligatorio el contenido sustantivo de la Convención vía consuetudinaria, en virtud del reconocimiento y aceptación por los Estados de la región de los derechos humanos consagrados en ésta, aun por aquellos que no son Estados partes, lo que indudablemente se presenta como un fortalecimiento de la amplitud y alcance de estos derechos.*

En nuestro criterio, la denuncia no implica *en ningún modo que el Estado se desvincula del contenido sustantivo del pacto* que por vía consuetudinaria le viene impuesta. Ello con independencia del valor jurídico de la propia Declaración Americana de Derechos Humanos (que deviene igualmente obligatoria vía consuetudinaria) y de los artículos referidos a los derechos humanos en la Carta de la OEA. Esta idea descansa en el fundamento de que *el contenido sustantivo de la Convención ha pasado a convertirse en derecho consuetudinario en el continente americano*, lo que obsta para esta consideración que algunos Estados miembros de la OEA no sean partes y algunos pretendan desvincularse de sus obligaciones. De este modo el Estado denunciante de la Convención *vendría obligado vía consuetudinaria por el contenido sustantivo del Pacto* (me refiero a las normas protectoras de derechos humanos tanto de carácter sustantivo como adjetivas), por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por las normas referidas a los derechos humanos en la Carta de la OEA, y de cuántas otras le vengán impuestas por la misma vía o por la vía convencional. Si bien el contenido sustantivo de la Convención coincide en su generalidad con los derechos consagrados en la Declaración Americana, sin lugar a dudas no alcanza en ésta última el grado de desarrollo y concreción con que aparecen reconocidos en la Convención.

ironía y, sí, qué belleza conceptual!” Ver: BUERGENTHAL, Thomas, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana sobre Derechos Humanos”, IIDH, San José, 1989, p.119.

¹⁵ Entre otras: la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* de 28 de febrero de 1987, el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte* de 28 de agosto de 1991, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (“Convención de Belém do Pará”) de 5 de marzo de 1995, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* de 28 de marzo de 1996, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador) de 16 de noviembre de 1999, la *Carta Democrática Interamericana* de 11 de septiembre de 2001, la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* de 14 de septiembre de 2001, la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 11 de enero de 2017, y la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia* de 11 de noviembre de 2017.

Sobre el *carácter consuetudinario del contenido sustantivo* del pacto habría que apuntar, como es conocido, que la Convención Americana de Derechos Humanos es fruto de un largo proceso que se registra en el continente por consagrar normas protectoras de los derechos humanos, que tuvo desde los finales de la segunda guerra mundial un impulso inusitado dentro de la comunidad internacional. Desde entonces en este ámbito se ha evidenciado un desarrollo continuo y acelerado en la normativa y en los mecanismos de protección que han consolidado con el paso del tiempo un *sistema de protección de los derechos humanos* con importantes repercusiones en un ordenamiento jurídico internacional enfrentado a grandes retos en este orden. Se trata de un “derecho americano” que “ha evolucionado desde 1948 hasta hoy”, cuya “protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos.”¹⁶ En este orden, el desarrollo en el ámbito regional de los mecanismos e instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos, ha ido siempre acompañado de un desarrollo en el reconocimiento de derechos y en los mecanismos de protección en los ordenamientos jurídicos nacionales, que teniendo a la persona y a la dignidad humana como pilares fundamentales, destacan la preocupación de esta parte del mundo en avanzar y consolidar mecanismos, instituciones y sistemas coherentes en la protección de los derechos humanos.¹⁷

De modo que la consagración y consolidación de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, cuyo *corpus iuris* lo componen instrumentos jurídicos ya reseñados, ha permitido que la *promoción y protección de los derechos humanos conlleven un grado de obligatoriedad vía consuetudinaria* que ha tenido en estos propios instrumentos jurídicos un elemento determinante y definitivo para su consagración como *derecho consuetudinario*. La protección de los derechos humanos ha devenido *un principio estructural del ordenamiento jurídico internacional* y ha encontrado en el continente americano un lugar para su concreción en normas jurídicas y procedimientos específicos, mediante la cual la vía convencional se ha convertido en un elemento determinante para su consagración como norma de derecho consuetudinario en la región, y a su vez para su consagración definitiva como derecho consuetudinario en el derecho internacional general.

En este sentido, la Convención Americana marcó un momento de singular importancia para la protección internacional de los derechos humanos en el continente americano, como un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante. Pero, del mismo modo la Convención ha servido para la formación y consolidación de normas protectoras de derechos humanos en el ámbito consuetudinario, algunas hoy reconocidas con rango de normas de *ius cogens* (la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; la violación del principio de la igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*). En la aceptación e identificación del *contenido sustantivo del pacto* como derecho consuetudinario puede encontrar escollos por parte de algunas posiciones que entiendan que ello no pueda ser así, en tanto algunos Estados del continente americano no son Estados partes de la Convención y otros lo han denunciado.

¹⁶ Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, *supra*, párr.37.

¹⁷ Ver en este sentido a FIX ZAMUDIO, Héctor, “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, en Diego Valadés; Rodrigo Gutiérrez Rivas (Coordinadores), *Derechos humanos, Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo III, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp.6-17

En todo caso, habría que expresar que el hecho de que un Estado no acepte voluntariamente ser Estado parte de una Convención, o que aceptando ser parte de este tratado lo denuncie posteriormente, ello no implica que se esté oponiendo –la discutida figura del *objektor persistente*– a la formación del contenido sustantivo de ese Pacto como derecho consuetudinario. Ejemplos abundan en el derecho internacional general. Si bien es un asunto en permanente discusión, como lo corrobora que la Comisión de Derecho Internacional, en su 63º período de sesiones, celebrado en 2011, decidiera incluir el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo¹⁸ - y nombrara como Relator Especial a Sir. Michael Wood-, y ya en 2012, en su 64º período de sesiones, lo incluyera en su programa de trabajo actual,¹⁹ en reiteradas ocasiones los tribunales internacionales, en muchos casos en aspectos relacionados con los derechos humanos, han incluso sido flexibles en la identificación de la exigencia de una *práctica de los Estados* y una *opinio iuris* para la formación del derecho consuetudinario, que llegó en algunos casos a constatar su existencia sin que alguno de estos requisitos estuviera presente.²⁰ La propia Corte Interamericana, a los efectos de fundamentar una interpretación evolutiva y dinámica, y considerar responsable a un Estado, ha identificado como *práctica* a tenor del artículo 31.3 b) de la Convención de Viena de Tratados, situaciones en que el propio Estado se ha opuesto al acuerdo general alcanzado por el resto de los Estados, o no se constata en la mayoría de los Estados

¹⁸ Ver Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párrs. 365 a 367. El título del tema se simplificaría a “Identificación del derecho internacional consuetudinario” en su 65ª período de sesiones, celebrado en 2013. (Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párr. 65.) En su 68 período de sesiones la Comisión adoptó, en su primera lectura, un cuarto proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario presentado por el Relator Especial (Official Records of the General Assembly, Seventy-first Session, Supplement No. 10 (A/71/10), para. 57.), y al momento de escribir estas líneas, se había presentado el *Quinto informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/717, Comisión de Derecho Internacional 70º período de sesiones Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018, y Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018.

¹⁹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10), párr. 268. Desde su primer reporte, el Relator Especial subrayaba como las delegaciones en la Sexta Comisión, no solo destacaron la importancia y la utilidad de la identificación del derecho consuetudinario y el papel fundamental del derecho internacional consuetudinario en el plano nacional e internacional, sino también la comprensión de “las dificultades inherentes al tema, en particular lo complejo que resulta determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario”. (Comisión de Derecho Internacional 65º período de sesiones Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013, A/CN.4/663, p. 3). Esta toma de consciencia hace que la Comisión no se proponga enunciar “reglas claras e inamovibles para identificar las normas del derecho internacional consuetudinario”, sino se plantea como finalidad “arrojar luz sobre los procesos generales de formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario” (Comisión de Derecho Internacional 65º período de sesiones Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013, A/CN.4/663, Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, p. 9) así como “proporcionar directrices en cuanto a la forma de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario en un momento dado, y no dilucidar qué normas en particular han adquirido tal condición” (Comisión de Derecho Internacional 65º período de sesiones Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013, A/CN.4/663, Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, p. 11.

²⁰ Ver a modo de ejemplo: DÍAZ GALÁN, Elena C. y BERTOT TRIANA, Harold, “La protección de los derechos humanos en la justicia penal internacional: el caso particular del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en relación con el derecho consuetudinario y el principio de legalidad”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Núm. 29, 2019, pp.70-100.

parte regulaciones normativas sobre el caso en cuestión para comprobar la existencia de un *consenso general*.²¹

De cualquier manera, la Convención americana establece un catálogo de derechos de derechos humanos que cuenta con su reconocimiento en el derecho internacional general y han pasado a convertirse en derecho consuetudinario más allá del continente americano y de los propios pactos de derechos humanos que lo contienen. Sería hoy impensable sostener que los Estados en el continente americano no devienen obligado a respetar los derechos humanos que se establece en la Convención Americana, independientemente de que sean Estados partes o no de este instrumento o lo hayan denunciado. En este caso habría que diferenciar entre el mecanismo de protección que establece la Convención, fundamentalmente el *procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y el *contenido sustantivo del pacto* en referencia a los derechos que consagra. Si bien la denuncia lo desvincula del tratado como un todo, en puridad, y a efectos prácticos si se sostiene el carácter consuetudinario del contenido sustantivo del pacto, el Estado denunciante sólo no estaría obligado por las normas *en el ámbito adjetivo o procedimental de la Convención*, es decir, de las obligaciones que le venían impuestas para la protección de estos derechos por medio de la actuación del órgano jurisdiccional de la Convención Americana.

Por más que la denuncia de la Convención, como establece la Convención de Viena de Tratados en su artículo 44.1, y recuerda la Corte Interamericana, sólo puede ser efectuada en relación con el conjunto del tratado, a menos que éste lo disponga o las Partes lo acuerden de manera diferente,²² la aceptación del carácter consuetudinario del contenido sustantivo de la Convención, permitiría entender que la desvinculación del Estado denunciante de las obligaciones contenidas en la Convención Americana, en ningún caso lo liberan de las obligaciones que por vía consuetudinaria le vienen impuestas para el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en el sistema interamericano.

2) Los efectos que sobre dichas obligaciones tiene el hecho de que dicho Estado, más adelante, tome la medida extrema de denunciar del instrumento constitutivo de la Organización regional y busque retirarse efectivamente de la misma.

El Estado de Colombia realiza una pregunta específica: 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? Con ello, el Estado de Colombia pide a la Corte que se pronuncie sobre “qué sucede con las obligaciones que tiene un Estado miembro de la OEA cuando intenta retirarse de la Organización”, así como “determinar cuál es el efecto jurídico que un eventual retiro de

²¹ Este particular lo hemos abordado en DÍAZ GALÁN, Elena C. y BERTOT TRIANA, Harold, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación «evolutiva» de los tratados sobre derechos humanos: ¿ruptura con el derecho de tratados de la Convención de Viena?”, en *El Diálogo Judicial Internacional en la Protección de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., (Martín y Pérez de Nanclares, José, Director y González Herrera, Daniel, Coordinador), Tirant Lo Blanch, 2019, pp.503-533. Ver de modo puntual: *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 256.

²² *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, *supra*, párr.50.

la OEA tendría sobre las obligaciones referidas, o sea cuáles son las obligaciones que sobre esas cuestiones subsisten y siguen siendo vinculantes para dicho Estado a la luz del derecho internacional general.”²³ Como puede entenderse, la pregunta indaga por dos momentos: es decir, las obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado miembro que ha denunciado la Carta de la OEA, pero aún es miembro; y las obligaciones que subsistan para ese Estado una vez que esa denuncia se hace efectiva y deja de ser miembro de la referida Organización.

Respecto a la primera situación, es dable destacar de inicio que la Carta de la OEA establece en su artículo 143 la posibilidad de que los Estados miembros puedan denunciarla. En este caso la Carta “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.” Comoquiera que no admite dudas que el Estado que denuncie la Carta según los requerimientos exigidos por este artículo, no podrá excusarse del incumplimiento de las obligaciones contraídas en la Carta en un período de dos años, hasta que la denuncia se haga efectiva -hasta ese momento el Estado denunciante continuará siendo Estado miembro de la Organización-, nos remitimos al razonamiento utilizado para responder a la primera pregunta, en relación a las obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado miembro que ha denunciado la Carta de la OEA *pero aún es miembro de esta organización*.

En cuanto a las obligaciones que subsisten para ese Estado una vez que esa denuncia se hace efectiva y deja de ser miembro de la referida Organización, podría plantearse un problema de competencia. Aun cuando la Corte ha insistido que las opiniones consultivas son “una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye, especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, conforman una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones”, ha remarcado no obstante que esta competencia “no se extiende a las obligaciones de protección de derechos humanos que correspondan a Estados ajenos al sistema interamericano, aun cuando sean partes del tratado que sea objeto de interpretación”,²⁴ así como tampoco a “determinar el alcance de las obligaciones de aquellos que no son parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ya que ello excedería la competencia del Tribunal”, pues “en definitiva, corresponde a la Corte determinar las obligaciones de un Estado americano frente a los demás Estados miembros de la OEA y a las personas bajo su jurisdicción.”²⁵

Sin embargo, entiendo que la pregunta debe ser reconducida de la forma en que la Corte no estaría determinando *ex post* las obligaciones de un Estado ajeno al sistema interamericano –como lo sería ya sobre un Estado cuya denuncia se ha hecho efectiva-,

²³ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párr.46 y 47.

²⁴ *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr.31.

²⁵ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, *supra*, párr.32.

sino que “de manera preventiva”, para “lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos” y para servir de “guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas a su observancia y así evitar eventuales vulneraciones”, la Corte estaría pronunciándose sobre el valor jurídico de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –y sobre el contenido sustantivo del pacto, como venimos sosteniendo-, y que determina, en definitiva, el alcance y naturaleza de las obligaciones *de un Estado miembro de la OEA* en materia de derechos humanos *para* cuando un Estado decida marginarse del sistema. Por tanto, la opinión consultiva, tomando en cuenta el alcance y valor jurídico de instrumentos jurídicos en el continente americano, puede determinar para los Estados miembros de la OEA las obligaciones en materia de derechos humanos que, por su propio carácter, serían extensibles también para cuando decidan marginarse del sistema. De este modo, la Corte podría determinar las obligaciones que subsisten para esos Estados miembros de la OEA que dejan de formar parte de la Organización aunque se esté pronunciando sobre las obligaciones que asumen los Estados miembros de la OEA por medio de instrumentos jurídicos internacionales, que pueden ser extensibles para un escenario *ex post facto*.

No obstante, entiendo que este razonamiento pueda no ser aceptado, y pueda sostenerse que, a fin de cuentas, la Corte se estaría extendiendo en su competencia consultiva en la determinación de obligaciones para Estados que ya no formarían parte del sistema, por mucho que la finalidad pueda ser un “llamado de atención” a los Estados miembros de la OEA. En todo caso, asumo en este escrito que la Corte puede indicar “preventivamente” a los Estados miembros de la OEA cuáles serían las obligaciones que en materia de derechos humanos subsistirían una vez que decidan marginarse del sistema, al indicar el valor y el alcance de algunas obligaciones en materia de derechos humanos que por medio de instrumentos jurídicos internacionales se han consagrado consuetudinariamente, aunque ninguna de éstas obligaciones para ese entonces (ya no Estado miembro) puedan hacerse cumplir en el marco del sistema interamericano.

En tal sentido las obligaciones que subsisten para ese Estado una vez que esa denuncia se hace efectiva, y deja de ser miembro de la referida Organización, toma en cuenta el hecho de que las obligaciones en la promoción y protección de los derechos humanos consagradas en el sistema interamericano *le viene impuesta vía consuetudinaria* a los Estados en el continente, independientemente de pertenecer o no a la OEA. La Declaración Americana –y en nuestro criterio el *contenido sustantivo* de la Convención Americana-, han pasado a formar parte del derecho consuetudinario americano –pues se puede registrar una *práctica* y una *opinio iuris* en consecuencia- y despliega sus efectos jurídicos más allá de la Organización de Estados Americanos. Este compromiso de los Estados del continente americano puede ser encontrado ya en los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana –por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana- y de los seis párrafos no numerados del Preámbulo de la propia Declaración. Si bien no hay que olvidar que la OEA es una organización internacional y como tal sólo genera obligaciones para los Estados miembros, en este caso tan sólo *el Estado no se encontrará obligado a la promoción y protección de los derechos humanos por medio de la institucionalización* establecida en el sistema interamericano por medio de la Carta de la OEA y de la Convención Americana.

Ello implica que en tales circunstancias el Estado que se retira del sistema interamericano no pueda oponerse al cumplimiento de las obligaciones que por vía

consuetudinaria le vienen impuestas en materia de derechos humanos, pues en todo caso no podría alegar constituirse ni siquiera para entonces en un *objeto persistente* – pues, descontando de inicio a las *normas de ius cogens*, no podría decirse que se ha opuesto al nacimiento de las normas en esta materia si precisamente formaba parte de éste-, que sería (y es) discutido para el caso de las normas referidas a derechos humanos por las nefastas consecuencias que ello tiene para el respeto y protección de los derechos humanos.

En todo caso, hemos de insistir que la protección de los derechos humanos ha devenido *un principio estructural o constitucional del ordenamiento jurídico internacional* y el desarrollo de la protección de los derechos humanos en la región americana se ha convertido en un elemento determinante para la consagración de normas de derecho consuetudinario en el derecho internacional general. No podemos olvidar que varias de sus normas protectoras han pasado a ser reconocidas con rango de *ius cogens*, como puede ser la prohibición de la tortura, el genocidio, etc. Sería difícil no sostener hoy que la mayor parte de las normas protectoras de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos -independientemente de los relativismos culturales que lastran la universalidad de los derechos humanos-²⁶ sean consideradas derecho internacional consuetudinario y, por tanto, con un alcance *erga omnes*.

En este sentido, consideramos que es posible también indicar la existencia, para todos los Estados del planeta, de *obligaciones generales* en materia de derechos humanos, independientemente de la región en que se encuentre, y del sistema de protección regional al que pertenezcan, que ha sido establecidos por el sistema universal de protección de los derechos humanos, como son las obligaciones de promover, proteger, cooperar, respetar, garantizar y adoptar medidas en materia de derechos humanos. Ha contribuido a esto, sin lugar a dudas, las obligaciones que emanan de la propia Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos (artículos 55 y 56); de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que coincidimos con la opinión de que su contenido ha pasado a ser derecho internacional consuetudinario²⁷; de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y de un amplio entramado de textos normativos que engrosan ya en sistema de protección universal de los derechos humanos. De tal modo, para un Estado del continente americano que se retire de la OEA, no sólo pervivirán las obligaciones en materia de derechos humanos reafirmadas en el sistema interamericano por medio del carácter consuetudinario del *corpus iuris* regional, sino también del *corpus iuris* del derecho internacional, que estaría reforzado con todos aquellos tratados que en materia de derechos humanos sea Estado parte.

3) Los mecanismos de que disponen, de un lado la comunidad internacional y, en particular, los Estados miembros de la OEA, para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones y hacerlas efectivas, y del otro los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado denunciante, para exigir la protección de sus derechos humanos, cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los mismos.

²⁶ BERTOT TRIANA, Harold y DÍAZ GALÁN, Elena Carolina, *La protección de los derechos humanos. Marco internacional y regional*, Editorial Leyer, 2019, pp.19-40.

²⁷ Ver el debate en torno al valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos en: FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., 2013, pp. 187-191.

Esta tercera pregunta, que el Estado de Colombia reconoce como “el corazón de la Solicitud de Opinión Consultiva”²⁸, indica algunas cuestiones de competencia que es necesario atender, al menos por la utilización de expresiones que no resultan claras del todo para su determinación concreta. Dando por descontado que el propio alcance general de la pregunta excedería de la competencia de la Corte cuando pide pronunciarse sobre “los mecanismos” de “la comunidad internacional” para exigir el cumplimiento de las obligaciones y hacerlas efectivas –aunque se acota que “en particular los Estados miembros de la OEA”-, pasaremos a analizar el contenido de la pregunta específica, que reza de la siguiente forma: 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?

Con esta pregunta, el Estado de Colombia busca que la Corte se pronuncie sobre “cuáles son las obligaciones que a la luz del derecho internacional tienen los restantes Estados miembros de la OEA con respecto al Estado denunciante”, y “si los mecanismos de protección del Sistema Interamericano, en especial la CIDH, están legitimados para seguir actuando con respecto a un país que se pone en la situación descrita, así como qué otros mecanismos prácticos ofrece el derecho internacional general, tanto a los Estados como a los particulares, para hacer exigibles y hacer efectivas las obligaciones jurídicas internacionales que dicho país pueda tener, aun a pesar de que haya dejado de ser parte en la Convención y que haya intentado o esté intentando retirarse de la OEA”. Del mismo modo intenta “conocer si existen mecanismos internacionales de protección a los cuales puedan acudir los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado que se ha marginado de la Convención y de la Carta de la OEA, con el fin de asegurar la protección de sus derechos y libertades fundamentales.”²⁹

En los numerales I y II de esta pregunta se refiere a las obligaciones y mecanismos de los Estados miembros de la OEA respecto a “un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la OEA”, y con ello no queda claro, de inicio, si se hace alusión a una situación en que la denuncia de la Carta se ha hecho efectiva, es decir, si se indaga sobre las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto a un Estado que ha dejado de ser Estado miembro de la OEA o que ha denunciado la Carta sin que ésta se haya hecho efectiva. En todo caso, de los comentarios del Estado de Colombia a esta pregunta, y para salvar cuestiones de competencia, entiendo que trata sobre las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto al Estado que ya no es parte o ha denunciado la Convención, y ha denunciado a su vez la Carta *sin que ésta se haya hecho efectiva*.

Este parece ser el espíritu de la pregunta, si tomamos la secuencia lógica de la explicación presentada por el Estado de Colombia, pues después de aclarar que plantea en su numeral I una “pregunta genérica de cuáles son las obligaciones que a la luz del derecho internacional tienen los restantes Estados miembros de la OEA con respecto al

²⁸ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párr.49.

²⁹ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párrs.50 y 51.

Estado denunciante”, expone que su numeral II “indaga si los mecanismos de protección del Sistema Interamericano, en especial la CIDH, están legitimados para seguir actuando con respecto a un país que se pone en la situación descrita, así como qué otros mecanismos prácticos ofrece el derecho internacional general, tanto a los Estados como a los particulares, para hacer exigibles y hacer efectivas las obligaciones jurídicas internacionales que dicho país pueda tener, aun a pesar de que haya dejado de ser parte en la Convención y *que haya intentado o esté intentando retirarse* (cursiva añadida) de la OEA”.³⁰

Esta diferencia es importante atenderla porque de lo contrario, si la pregunta se refiriera *in toto* a las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto a un Estado que no es parte de la Convención y no sea Estado miembro de la OEA, consideramos que se plantea un problema de competencia para que la Corte se pronuncie sobre las obligaciones de los Estados miembros de la OEA respecto a otro Estado que no lo sea, conforme a su propia jurisprudencia reflejada *supra*. La Corte no tendría competencias para determinar las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA frente a aquellos Estado americanos cuya denuncia se ha hecho efectiva y, por tanto, no sean miembros ya de la OEA. No obstante, como los Estados miembros de la OEA asumen obligaciones respecto a otros Estados en materia de derechos que se derivan del derecho internacional general, ello no impide que la Corte pueda pronunciarse sobre estas obligaciones entre los Estados miembros de la OEA, y que pueda inferirse o deducirse que éstas también aplican, en virtud del derecho internacional general, respecto a aquellos Estados que no sean miembros de la OEA.

Por su parte el numeral III de la pregunta, que se refiere a un Estado “que se *ha marginado* (cursiva añadida) de la Convención y de la Carta de la OEA”, habría que precisar si con esta expresión se quiere indicar un Estado que ya no es parte de Convención y no es miembro de la OEA, o si se hace referencia a un Estado que ha denunciado la Carta de la OEA sin que se haya hecho efectiva, pues si se planteara la primera situación consideramos que excedería de la competencia de la Corte. En cualquier caso, si atendemos a las consideraciones del Estado de Colombia en la solicitud de opinión consultiva, cuando abordó las cuestiones de competencia y admisibilidad, pudiéramos concluir que, efectivamente, se trata de un Estado que ha denunciado la Carta sin que se haya hecho efectiva. En la solicitud se plantea de la siguiente manera: “La Corte tiene competencia *ratione loci* por cuanto la consulta se refiere claramente a la protección de los derechos humanos en cualquier Estado americano. Es importante registrar desde ya que un Estado que denuncia la Carta de la OEA no pierde la condición de "Estado americano" por el hecho de que el régimen que lo gobierne busque retirarse de la OEA y esto en sí mismo constituye un factor que puede ser pertinente cuando la Corte entre a hacer el análisis de las cuestiones que se le han sometido mediante la presente Solicitud, en particular la tercera pregunta.”³¹

Parece evidente que se refiere a una situación en que la denuncia no se ha hecho efectiva –pues relaciona la denuncia con un gobierno que *busca* retirarse de la OEA, es decir que no se ha retirado aún-, pues en cualquier caso no sería acertado tampoco, desde nuestro punto de vista, –aunque en verdad no considero que ese sea el sentido,

³⁰ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párr.51

³¹ Solicitud de Opinión Consultiva..., *supra*, párr.10.

por razones ya aclaradas por la Corte-³², que los solicitantes relacionen la competencia *ratione loci* expresada, con la idea de que la expresión “Estado americano”, en virtud del artículo 64 de la Convención, opera también para aquellos Estados del continente que ya no formen parte de la OEA y del sistema interamericano. No obstante, a mi juicio, la Corte de igual forma podría pronunciarse por los mecanismos establecidos en el derecho internacional general, que puedan disponer los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado denunciante de la Carta –sin que se haya hecho efectiva-, independientemente de los mecanismos establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos. Ello podría ser un medidor y un indicativo de los mecanismos que subsistirían para ese individuo para cuando ese Estado ya no sea Estado miembro de la OEA y, por tanto, no pueda contar con los mecanismos de protección del sistema interamericano.

En este punto, sin embargo, es conocido que hasta el momento el sistema universal de protección de los derechos humanos no cuenta con el grado de *efectividad* en la protección de los derechos humanos como en los sistemas regionales de protección. De modo que el Estado que se margine de alguno de los sistemas regionales de protección, como es el caso del sistema interamericano, privará a sus ciudadanos de acceder a mecanismos de protección que cuentan con un mayor grado de efectividad y desarrollo que los mecanismos del sistema universal. Además, para que los individuos puedan contar con mecanismo de protección específicos del sistema de protección universal, se requerirá que los Estados en el marco de convenciones específicas, como el Pacto de Derecho Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no sólo los hayan ratificado sino que además hayan ratificado los Protocolos adicionales que implementan los mecanismos de denuncias.³³

En otro tanto habría que apuntar –aunque ya lo hemos expresado- que ante un “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podría seguir actuando *sólo en aquellos hechos acontecidos en el período previo a la efectividad de la denuncia, no así respecto a hechos que ocurran con posterioridad*. Sostener una posición contraria representaría

³² La Corte señaló ha señalado muy claramente que como la Convención no define qué debe entenderse por "Estados Americanos" en la disposición del artículo 64, “tal expresión alude a todos los Estados que pueden ratificar o adherirse a la Convención, según el artículo 74 de la misma, es decir, a los miembros de la OEA.” “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr.35

³³ En este sentido, los mecanismos de control establecidos en algunas convenciones sobre derechos humanos, muestra avances significativos en la asunción de obligaciones en materia de derechos humanos por buena parte de la comunidad internacional, si lo observamos desde una perspectiva histórica, pero es verdad que muestra a su vez la escasa voluntad de los Estados de asumir las consecuencias jurídicas, por medio de mecanismos de control contenciosos, que puedan derivarse del incumplimiento de algunas de las disposiciones de estas Convenciones. En general, se puede afirmar que el *sistema de informes* y de *comunicaciones* no despliega las consecuencias jurídicas deseables como mecanismo de control para el cumplimiento de las disposiciones de los Tratados. Los problemas derivados en el fortalecimiento de los mecanismos internacionales de derechos humanos, ha sido advertido en el *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* en el período del 1 de diciembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2017, cuando expresaba que la Oficina había registrado “297 denuncias de particulares sobre presuntas vulneraciones de los derechos humanos, pero la falta de recursos impidió la adopción de medidas oportunas al respecto. Había un total de 1.274 comunicaciones en espera de una decisión de los órganos de tratados.” A/HRC/37/3, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 26 de enero de 2018, p.2.

una vulneración del esquema tradicional aceptado por la Carta de la OEA de poner en los Estados la decisión de vincularse soberanamente a las disposiciones de éste. Además, supondría un factor de debilitamiento del sistema entender que puede todavía actuar un órgano de protección en un Estado que abiertamente no quiere pertenecer a éste y que se niega a cumplir con sus decisiones. El derecho internacional de los derechos humanos todavía deposita en los propios Estados infractores la reparación del daño ocasionado -en medio de una relación desigual respecto al individuo-, sin que existan medios coercitivos en el derecho internacional que puedan equipararse en su efectividad a los existentes en los ordenamientos jurídicos internos. Concebir la posibilidad de un posible funcionamiento de la CIDH en esta situación representaría acrecentar aún más, ante seguros incumplimientos por el Estado infractor, de una debilidad ínsita del sistema por su posición de clara desventaja respecto a otros mecanismos de mayor efectividad en su cumplimiento, como aquellos que existen en el orden interno de los Estados.

Dicho lo anterior, a continuación se expondrán aquellas obligaciones de carácter general (permisivas y prohibitivas) que, a nuestro juicio, incumbe a los Estados miembros de la OEA respecto a otro Estado miembro que presenta una situación como la descrita anteriormente. Se tratan de obligaciones que pueden derivarse de la Carta y del derecho internacional general que por vía consuetudinaria deben observar los Estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos respecto al Estado denunciante que presente una situación como la referida.

3.1 En primer lugar, los Estados miembros de la OEA están *obligados a la cooperación entre Estados en la promoción y observancia de los derechos humanos* en caso de un “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”.

En el derecho internacional el *deber de cooperar* de los Estados en la promoción y observancia de los derechos humanos se ha expuesto de manera clara y rotunda en la Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas, “Declaración de Principios de derecho internacional relativas a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados conforme a la Carta de Naciones Unidas”. La propia Corte se ha pronunciado porque “el deber de cooperación entre Estados en la promoción y observancia de los derechos humanos, es una norma de carácter *erga omnes*, por cuanto debe ser cumplida por todos los Estados, y de carácter vinculante en el derecho internacional. En efecto, el deber de cooperación constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional, cristalizada en el artículo 4.2 de la Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas, concerniente a la “Declaración de Principios de derecho internacional relativas a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados conforme a la Carta de Naciones Unidas”, la cual fue adoptada de forma unánime por los Estados miembros.” La Corte en este punto recuerda para los Estados partes en la Convención Americana, que “de conformidad con el mecanismo de garantía colectiva subyacente en la Convención Americana, incumbe a todos los Estados del sistema interamericano cooperar entre sí para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales.”³⁴

³⁴ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, *supra*, párr.199

Esta realidad entronca con los valores y principios que inspiraron el nacimiento de la OEA, y que han quedado plasmados en su Preámbulo, pues constituyen el resultado de un proceso histórico en que la *solidaridad americana* y la *cooperación*³⁵ se han reafirmado como elementos claves para su nacimiento y desarrollo. El preámbulo de la Carta de la OEA reafirmó “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad” que no podía ser otro que “el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, del mismo modo que el bienestar de todo los Estados del continente, “así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental”.

En este sentido, *la promoción y observancia de los derechos humanos* de la que están obligados los Estados miembros de la OEA en el continente, requerirá que inevitablemente tenga en la *cooperación económica, social y cultural* una dimensión de vital importancia para la promoción y observancia de los derechos humanos. En muchos casos una situación de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos puede estar relacionada con la incapacidad del aparato institucional del Estado, por diversas razones, de hacer frente a las necesidades económicas y sociales de las personas. En este caso la Carta de la OEA reafirma, entre otros, en su artículo 3, que la “cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente” y que la “unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.” De igual modo en la Carta, en su artículo 30, los “Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad.” La Carta entiende que el “desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo.”³⁶

3.2 Los Estados miembros de la OEA están obligados al empleo de *medios lícitos* reconocidos en el derecho internacional para poner fin al cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y deberán abstenerse de recurrir a *medidas coercitivas unilaterales* de carácter económico y comercial.

³⁵ Como expresara J. M. Yepes, en su famoso Curso en La Haya en 1930: “En primer lugar, los Estados latinos del Nuevo Mundo nacieron con un sentido de solidaridad y fraternidad entre ellos que los hace considerar -como ya lo dijimos- como formando la misma familia de naciones, de ahí su deseo de constituir una comunidad internacional distinta. Otra idea que determina la fisonomía jurídica de América Latina es la tendencia hacia la organización internacional que estos pueblos han manifestado desde su nacimiento. Esta idea, que solo ha sido aceptada en Europa en los últimos años, tiene un siglo de antigüedad en América Latina.” YEPES, J.M., “La contribution de l'Amérique Latine au développement du Droit international public et privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 32, 1930, p.701

³⁶ Ver también, entre otros, los artículos del 31 al 44 de la Carta, en que se despliegue un conjunto de compromisos y ámbitos para la cooperación entre los Estados.

El derecho internacional reconoce medidas de aplicación coactiva del derecho internacional, como son los casos *medidas de retorsión* (de carácter diplomáticas, comerciales, financieras, etc.), que por el carácter de medidas inamistosas, no violadoras de ninguna obligación en vigor, pueden ser aplicadas respecto al Estado responsable de un “cuadro de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos”. No obstante lo anterior, y aunque no se ha abundado en la doctrina en este particular, sería bueno apuntar que las *retorsiones* deberían tener un límite en su aplicación si impactan en el disfrute y garantía de los derechos humanos. Cualquiera de estas medidas (como pueden ser la de carácter comercial), aún cuando no violen ninguna obligación jurídica internacional, y suelen en muchos casos encontrar amparo en el propio plano convencional, habría que empezar a pensar si el derecho internacional tendría que ponerles límites a este tipo de medidas si están relacionadas con alguna violación de derechos humanos. En el propio campo de las contramedidas, que a diferencia de las retorsiones sí suponen una violación de una obligación internacional en vigor para el Estado, ya tuvo oportunidad de expresarse en el *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001*³⁷ (codificador y pieza de consagración del derecho consuetudinario en la materia) que las contramedidas no afectaría las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales.³⁸

En el ámbito de las contramedidas, esta situación encontraría acomodo en el artículo 48 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001*, en que se establece que cualquier “Estado no lesionado” podrá invocar la responsabilidad del Estado para reclamar al Estado la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, así como el cumplimiento de la obligación de reparación, cuando se trate de la violación de obligaciones que existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto, es decir, obligaciones de carácter *erga omnes*, como es en este caso la protección de los derechos humanos.³⁹

Sin embargo, es una cuestión no respondida por el derecho internacional si el “Estado no lesionado”, con el fin de hacer cesar el ilícito y obtener la respectiva reparación, pueda adoptar *contramedidas* contra el Estado infractor de la obligación relacionada con la comunidad internacional en su conjunto. Es bien conocido que el *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estados*, cuyo último relator fue James Crawford, fue consciente de que “el estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto. La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados. En la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo.” Por tal razón, se entendió que no era apropiado incluir en el proyecto una disposición relacionada con “contramedidas para inducir a un Estado responsable a cumplir sus obligaciones. En lugar de ello, el capítulo

³⁷ Ver “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Volumen II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.

³⁸ Artículo 50 del “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *supra*.

³⁹ Artículo 48 del “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *supra*.

II incluye una cláusula de salvaguardia que reserva la posición y deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del derecho internacional.”⁴⁰

En otro tanto, desde hace algunos años la comunidad internacional ha reaccionado en el marco de la Asamblea General de la ONU, como en el Consejo de Derechos Humanos, por el alcance nefasto de las *medidas coercitivas unilaterales* en el campo de los derechos humanos, aunque el asunto queda desbordado ante una realidad que muestra cada vez más que los más poderosos apelan constantemente a este recurso como medida de coerción en su política exterior contra los Estados más débiles. No obstante, son continuos los pronunciamientos que destacan, mediante resoluciones e informes⁴¹, que estas medidas suponen no sólo una flagrante violación al derecho internacional, al derecho internacional humanitario, a la Carta de las Naciones Unidas y las normas y principios que rigen las relaciones pacíficas entre los Estados, sino que impiden la realización plena de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recordemos que el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 8 “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, abordó con profundidad las consecuencias dramáticas de las sanciones en los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este sentido, el continente americano, sujeto también a la politización del tema de los derechos humanos, requiere con mayor razón que se aborde las cuestiones relacionadas con los derechos humanos desde el enfoque de la cooperación y la colaboración, y sin interferencias de políticas partidista o de ideología –si es que acaso esto es posible. Aquellas situaciones en que pueda existir un “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, se requerirá con más razón que se apele a recursos diplomáticos y de colaboración para abordar la cuestión y no a medidas que ahonden mucho más la situación.

En el actual contexto latinoamericano la respuesta de muchos Estados ante situaciones de emergencia que demandan la protección de los derechos humanos de las personas, ha sido, cuanto menos, de vergüenza. No puede desconocerse el entorno político que acontece hoy en nuestro continente, y las fuerzas de un lado y de otro que pugnan por imponer un modelo de sociedad y de ideología. Pero en ningún caso la respuesta puede ser privar -o apoyar privar- al Estado de recursos económicos que impidan dar una solución urgente a los problemas de las personas –aun cuando en el Estado esté presente

⁴⁰ Ver el comentario al Artículo 54 del “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *supra*, p.149. Ver sobre el tema: CRAWFORD, James, “Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: an Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, en *From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honor of Bruno Simma*, Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer and Christoph Vedder, Oxford University Press, 2001, pp.224-240; DUPUY, Pierre-Marie, “The Deficiencies of the Law of the State Responsibility Relating to Breaches of ‘Obligations Owed to the International Community as a Whole’: Suggestions for Avoiding the Obsolescence of Aggravated Responsibility”, en *Realizing Utopia, The Future of International Law* (Edited by Antonio Cassese), Oxford University Press, 2012, pp.210-226

⁴¹ Ver, sólo a modo de ejemplo, la Resolución 70/151, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015, Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales y el *Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos*, 29 de agosto de 2017.

una situación generalizada de corrupción, fenómeno del que no escapa ningún Estado del continente.

El esquema de las *medidas coercitivas unilaterales* con un enfoque hacia la protección de los derechos humanos -cuyo mayor exponente hoy en el mundo es el gobierno de Estados Unidos de Norteamérica- no sólo es contraria al Derecho Internacional, según la Carta de Naciones Unidas y otros instrumentos jurídicos internacionales-, sino que reproduce una visión estatocéntrica en torno a los derechos humanos que es insostenible desde cualquier punto de vista. La “presión al Estado”, privándole de recursos económicos y financieros, no es otra cosa en verdad que privar al ciudadano de estos recursos para vivir y disfrutar de sus derechos humanos, y en consecuencia una vulneración de estos derechos humanos, en la lógica de que cuando peor sea su situación económica, social y política, éstos provocarán el cambio o ayudarán a que el cambio se produzca. Se trata de una perspectiva horizontalizada de abordar el fenómeno de “posibles violaciones” de los derechos humanos por parte de un Estado, que olvida en definitiva al ser humano de esa ecuación cuando en realidad debe ser su producto inicial y su producto final. En nombre de los derechos humanos –justificación lastrada muchas veces, sino la mayoría, de pretensiones políticas- se vulneran los propios derechos humanos de esas personas.

Es en esta línea que se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando expuso que al “considerar las sanciones, resulta esencial distinguir entre el objetivo básico que se persigue al ejercer una presión política y económica sobre la minoría gobernante del país para persuadirla a que respete el derecho internacional y la imposición colateral de sufrimientos a los grupos más vulnerables del país en cuestión.”⁴² Y luego de exponer tres conclusiones que considera del reconocimiento de los derechos humanos económicos, sociales y culturales en estas situaciones (que derechos deben ser tenidos plenamente en cuenta al diseñar el régimen de sanciones apropiado; que durante todo el período de vigencia de las sanciones se debe proceder a una vigilancia efectiva, en todo caso requerida por las disposiciones del Pacto; y que la entidad externa tiene la obligación de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas” para responder a todo sufrimiento desproporcionado impuesto a los grupos vulnerables del país de que se trate⁴³), expuso que el Comité perseguía “poner de relieve el hecho de que los habitantes de un país dado no pierden sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales porque se haya demostrado que sus dirigentes han violado normas relativas a la paz y la seguridad internacionales. No se pretende apoyar ni estimular a esos dirigentes ni tampoco socavar los intereses legítimos de la comunidad internacional por que se respeten las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y los principios generales del derecho internacional. Se trata más bien de insistir en que no se debe responder a un comportamiento ilícito con otro comportamiento ilícito que no preste atención a los derechos fundamentales subyacentes que legitiman esa acción colectiva.”⁴⁴

⁴² *Observación general N° 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento E/1998/22, párr. 4.

⁴³ Ver los párrafos 12, 13 y 14 de la *Observación general N° 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, *supra*.

⁴⁴ *Observación general N° 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, *supra*, párr.16.

3.3 Los Estados miembros de la OEA se abstendrán de recurrir a la amenaza y el uso de la fuerza unilateral contra cualquier Estado del continente ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, de conformidad con el Derecho Internacional y la propia Carta de la OEA.

La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, reconocida como norma de *ius cogens* en el derecho internacional, encuentra una expresión marcada no sólo en la Carta de Naciones Unidas y otros importantes instrumentos jurídicos internacionales, sino que encuentra un destaque, muy marcado, en la propia Carta de la OEA sobre esta cuestión. Es conocido que en materia de derechos humanos, los bastiones de la soberanía y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados han dado paso a nociones que ponen el énfasis en la protección de los derechos humanos de las personas, aun a costa de vulnerar estos principios cardinales para el mantenimiento de la paz, la seguridad internacional y las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados. Esta tendencia se ha manifestado en su lado más crudo incluso con el *empleo del uso de la fuerza* al amparo de las llamadas *intervenciones de humanidad*, que ahora recibe una formulación más precisa y depurada con la *responsabilidad de proteger*.

Como es conocido, en la última década se registró un avance importante en el plano internacional en reconocer la noción de *responsabilidad de proteger*, que venía a sustituir las cuestionadas *intervenciones de humanidad*. Esta llegó a incluirse en el *Documento Final de la Cumbre Mundial* de 2005,⁴⁵ y hacía énfasis en que cada Estado era responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Se destacó que la comunidad internacional debía alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y a ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana, para lo cual tenía la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta. Del mismo modo se insistía que se podían adoptar medidas colectivas, de conformidad con la Carta, por conducto del Consejo de Seguridad, incluido su Capítulo VII (que incluye el uso de la fuerza), en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si se demuestra que los medios pacíficos son inadecuados y que las autoridades nacionales no protegen manifiestamente a su población de los crímenes anteriormente mencionados.

En todo caso, la noción de *responsabilidad de proteger* para justificar el uso de la fuerza en situaciones de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos – que en nuestro criterio son construcciones teóricas que, en muchos ocasiones, han dado más argumentos a los que ya de por sí actúan al margen de los mecanismos establecidos en la Carta-, implica que cualquier *uso de la fuerza* debe ser de conformidad con el

⁴⁵ Existe ya una amplísima bibliografía sobre el tema. Ver a modo de ejemplo, en español, a DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel, “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No.24, 2012, pp.1-40; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “Responsabilidad de proteger y el derecho de veto en el Consejo de Seguridad: algunos ejemplos recientes”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, No. 3, 2014, pp.1-28.

Capítulo VII de la Carta, y ningún Estado u organización internacional puede emprender una acción de este tipo de tipo unilateral al margen de este mecanismo de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. De modo que ningún Estado miembro de la OEA ni la propia Organización actuando como tal, pueden arrogarse el derecho de hacer uso de la fuerza bajo el fundamento de la responsabilidad de proteger al margen de los mecanismos establecidos en el Capítulo VII de la Carta.

Como nota al margen, sería deseable que esta noción, que aún no goza de aceptación universal, haga primar en todo caso la obligación de la comunidad internacional en la protección de la población desde un enfoque preventivo, y los enfoques reactivos sólo encuentren en el uso de la fuerza un fundamento de *ultima ratio*, sólo cuando pueda constatarse -por la comunidad internacional y no sólo por un grupo reducidos de Estados-, que se hace necesario el uso de la fuerza, sujeto a todas las limitaciones que comporta en el derecho internacional una acción de este tipo. Por desgracia, aun el mecanismo de seguridad colectiva establecido en la Carta está lastrado por la posición e intereses de los Estados más poderosos que en muchas ocasiones han propiciados y generados situaciones aún más graves en torno a los derechos humanos.

- 3.4 Los Estados miembros de la OEA están obligados a brindar protección a los derechos humanos de aquellas personas en condición de asilado o refugiado de un Estado que presente violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos.

Los Estados miembros de la OEA, sean Estados parte o no de la Convención Americana de Derechos Humanos, están en la obligación de garantizar la protección de los derechos humanos de aquellas personas que se presenten ante ellos en condición de asilado o refugiado. En los últimos años en el continente americano asistimos a una penosa situación en materia de derechos humanos respecto a personas que se ha visto obligadas a abandonar su lugar de origen por diversas razones de índole política, económica y social. En muchos casos los Estados han alentado con políticas, o con su inacción, la proliferación de actitudes xenófobas, discriminatorias y de odio al extranjero. Ello ha impedido en muchos casos no sólo la aceptación de la persona en el territorio sino luego su integración en la sociedad en condiciones de igualdad y sin discriminación.

La Corte ha tenido la oportunidad de referirse en otras ocasiones a las obligaciones que le incumben a los Estados respecto de aquellas personas solicitantes de asilo al amparo de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia. Al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte expuso en su Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 que “el ámbito de actuación estatal del derecho de asilo debe apreciarse a través de las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación.”⁴⁶ Si bien la Corte nota que “las obligaciones estatales y los derechos que le asisten a las personas sujetas de protección internacional han sido desarrollados en forma más pormenorizada, y bajo la propia voluntad estatal, en instrumentos internacionales especiales, en particular el derecho internacional de los refugiados y el marco normativo regional de asilo”, no obstante “ello no podrá redundar en un

⁴⁶ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, *supra*, párr.121.

menoscabo del núcleo esencial del derecho y de las obligaciones adquiridas en el marco de los tratados de derechos humanos.”⁴⁷

En este punto, hay que matizar que la Corte también ha entendido la existencia de otras obligaciones concretas de los Estados en materia de derechos humanos para aquellos casos en que se presenten solicitantes de asilo en una legación -al margen de la existencia o no de convenios en la materia, de la aceptación o no de los Estados de su carácter de costumbre regional-. En este caso la Corte “eleva sus razonamientos por encima de una institución tan polémica para fijar obligaciones que, a la postre, previene y conmina a los Estados a la protección de quienes se presenten como reclamantes de asilo; o para decirlo en otras palabras, viene a cumplir los mismos efectos de protección que se busca con el asilo pero esta vez en forma, a nuestro juicio, de un *asilo diplomático transfigurado en obligaciones concretas de protección de los derechos humanos*.”⁴⁸

En cuanto a los *refugiados*, ya la Corte Interamericana tuvo ocasión de insistir en el marco normativo internacional y regional que regula esta institución. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, en relación con la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 de Cartagena de Indias, constituyen el marco normativo a tomar en cuenta para la definición del estatuto de refugiado y para la identificación de las obligaciones de los Estados respecto a esta figura en el continente americano. Como es conocido, la definición del estatuto de refugiados se amplió con la mencionada Declaración de Cartagena, no sólo para aquellas personas que tengan fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, sino también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.⁴⁹

La Corte en la referida opinión consultiva sobre el asilo recordó que “el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, leído en conjunto con otras disposiciones de la Convención y a la luz de los tratados especiales, impone al Estado determinados deberes específicos: i) obligación de no devolver (*non-refoulement*) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas,

⁴⁷ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, *supra*, párr.121. Ver las obligaciones de los Estados en esta materia en los párrafos 122 y 123.

⁴⁸ BERTOT TRIANA, Harold, “¿Decadencia del asilo diplomático o su transfiguración en obligaciones internacionales concretas en materia de derechos humanos? La Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol.13, No.1, 2019, pp.18-46.

⁴⁹ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.”⁵⁰

3.5 Los Estados miembros de la OEA están obligados a cooperar en la prestación de asistencia humanitaria, ante una situación de emergencia que se relacione con un “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, conforme a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sin vulnerar el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

En el presente punto, exponemos las obligaciones que le incumben a los Estados miembros de la OEA en caso en que ese “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” comporte una situación de emergencia conforme a lo establecido en el derecho internacional, que se deriva del principio estructural o básico del orden jurídico internacional como es el *principio de cooperación*. Un primer punto de controversias se vislumbra ante la pregunta si ante cualquier situación problemática que viven algunos Estados del continente en materia de derechos humanos, producto de varias causas, aplica la asistencia humanitaria. Ello porque de una revisión de los instrumentos jurídicos internacionales, o de aquellas organizaciones con fines humanitarios que se dedican a esta labor, las situaciones de emergencia casi siempre se ubica ante “desastres naturales” y “situaciones de emergencias similares”, como hace -a modo sólo de ilustrar-, la resolución 43/131 de 1988 y la resolución 46/182 de 1991 de la Asamblea General de Naciones Unidas. En este sentido, la resolución sobre asistencia humanitaria del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Brujas en 2003, al definir una situación de “desastre” ubicó sus causas en aquellas de origen de natural (erupción de volcanes, tormentas, epidemias, etc.), de origen tecnológico (explosión nuclear, desastre químico, etc.) o aquellas causadas por conflictos armados o violencia (tales como conflictos armados internos o internacionales, disturbios o violencia interna o actividades terroristas).⁵¹

No obstante la práctica devela que un importante número de casos enmarcados en lo que sea denominado “crisis humanitarias” o “situaciones de emergencia compleja” (que también se relacionan con desastres naturales, conflictos armados y violencia), han demandado de asistencia humanitaria en el mundo de forma acelerada. En cualquier caso, para la exposición de este punto asumimos que el “cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” comporta una situación de emergencia a la que pudiera ser aplicada la asistencia humanitaria. Ello no obsta para subrayar que en los últimos meses en el continente americano hemos asistido a una instrumentalización política de la “ayuda humanitaria”. Se ha desvirtuado la finalidad estrictamente humanitaria de esta figura para colocarla en el campo de intereses políticos y en franca violación de la soberanía de los Estados y del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Un pilar importante para ello ha sido el reconocimiento de gobiernos con la transgresión de límites establecidos en el derecho internacional para

⁵⁰ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, *supra*, párr.99.

⁵¹ Resolution “Humanitarian Assistance”, Institut de Droit International, Bruges Session – 2003, ver artículo I, párrafo 2.

este tipo de reconocimiento, como es el *principio de efectividad*, y en no confiar la referida “ayuda” a organizaciones, ya sea intergubernamentales o no gubernamentales, que actúen de forma neutral e imparcial.

La figura de la asistencia humanitaria, de reciente data, comporta ya algunos perfiles jurídicos en el derecho internacional que deben ser defendidos ante la politización a la que está sujeta constantemente este tipo de figuras de carácter humanitarios. Debatida en la doctrina entre un “un deber de injerencia” de los Estados para brindar la ayuda por un lado, y por otro, la defensa de la soberanía y la no intervención en los Estados⁵², al menos las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en esta cuestión ha adelantado cuestiones sobre su campo de aplicación, los beneficiarios y los titulares de esta asistencia. La comunidad internacional ha tenido oportunidad de fijar criterios en la preservación del principio de no intervención en estos casos, con más amplitud y precisión de la visión aportada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de 1989 de Santiago de Compostela⁵³ y de la que se ha hecho eco, de alguna manera, el propio Instituto en su sesión de Brujas en el año 2003.⁵⁴

La primera de estas resoluciones fue la 43/131 de 1988, que fijó la asistencia humanitaria para las víctimas de “desastres naturales” y “situaciones de emergencias similares” (ya hemos visto un concepto indeterminado y que puede ser utilizado para varias situaciones) y reafirmó en primer lugar la responsabilidad de cada Estado que se encuentre en una situación de este tipo, en asistir a las víctimas. De modo muy especial la resolución recordaba que todos los que proporcionaran asistencia humanitaria debían prestar especial atención a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad. Por su parte, la resolución 46/182 de 1991, “Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas”, reafirmó entre sus principios rectores los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad; el respeto a los principios de soberanía, integridad territorial y unidad nacional de los Estados; el consentimiento del Estado del país afectado para la asistencia humanitaria; la responsabilidad principal al Estado afectado de ocuparse de las víctimas así como de iniciar, organizar, coordinar y prestar la asistencia dentro de su territorio; y se colocaba en las Naciones Unidas en papel central y singular en la tarea de proporcionar liderazgos y la coordinación de los esfuerzos de la comunidad internacional; del mismo modo que se destaca a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, que actúan de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios, en estos esfuerzos de la comunidad internacional.

⁵² Ver algo de este debate en: FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, *supra*, pp.379-385.

⁵³ En esta Resolución se expresa en su artículo 5: “An offer by a State, a group of States, an international organization or an impartial humanitarian body such as the International Committee of the Red Cross, of food or medical supplies to another State in whose territory the life or health of the population is seriously threatened cannot be considered an unlawful intervention in the internal affairs of that State. However, such offers of assistance shall not, particularly by virtue of the means used to implement them, take a form suggestive of a threat of armed intervention or any other measure of intimidation; assistance shall be granted and distributed without discrimination. States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance.” *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States*, Justitia et Pace, Institut de Droit International, Session of Santiago de Compostela–1989. Sin embargo no se explicita los requisitos que debe cumplir esta asistencia para no vulnerar el principio de no intervención, como los son los principios neutralidad e imparcialidad.

⁵⁴ Resolution “Humanitarian Assistance”, Institut de Droit International, Bruges Session – 2003.

En este campo de la asistencia humanitaria ya no caben dudas que nos encontramos ante obligaciones internacionales que incumbe al Estado afectado y a los Estados de la comunidad internacional, y en el caso que nos compete, de los Estados del continente americano, sean Estados miembros o no de la OEA. En este caso una *responsabilidad principal* del Estado en cuyo territorio acontece la emergencia, y de una *responsabilidad secundaria* de los Estados de la comunidad internacional en asistir a las víctimas de esta situación.⁵⁵ De modo que el Estado que se encuentre en una situación de emergencia, y no sea capaz de asistir a las víctimas, no podría negarse a la asistencia humanitaria con base en esa responsabilidad internacional principal, del mismo modo que los Estados de la comunidad internacional, en la medida de sus posibilidades, estarían obligados a cooperar en la asistencia humanitaria a las víctimas de la emergencia en estricto apego a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad.

Sin embargo, es cierto que ambas obligaciones internacionales conviven en extrema tensión con el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, cuando se requiere el consentimiento de los Estados afectados o la asistencia no se apegue estrictamente a los principios de neutralidad e imparcialidad. En cualquier caso, para salvaguardar las finalidades estrictamente humanitarias de la asistencia⁵⁶, sería siempre aconsejable que ante la negativa de un Estado a recibir la asistencia por considerar que no se cumplen los principios establecidos para tal acción, ésta siempre se realice de manera concertada por conducto de Naciones Unidas y con instituciones como el Comité Internacional de la Cruz Roja u otras organizaciones no gubernamentales con fines estrictamente humanitarios.

⁵⁵ El Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Santiago de Compostela en 1989 tuvo oportunidad de indicar en el artículo 1 de la resolución *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States* que: “Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of States to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights. This international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is erga omnes ; it is incumbent upon every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world.” En su sesión de Brujas en 2003, el Instituto sostuvo en el artículo V, párrafo 1 de la resolución “Humanitarian Assistance”, que: “All States should to the maximum extent possible offer humanitarian assistance to the victims in States affected by disasters, except when such assistance would result in seriously jeopardizing their own economic, social or political conditions. Special attention should be paid to disasters affecting neighbouring States.”

⁵⁶ La Corte Internacional de Justicia en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua*, había expuesto: “There can be no doubt that the provision of strictly humanitarian aid to persons or forces in another country, whatever their political affiliations or objectives, cannot be regarded as unlawful intervention, or as in any other way contrary to international law.” *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. *Merits, Judgment*. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 242.