

Bogotá. D.C., diciembre de 2019.

Señor

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario Ejecutivo

Corte Interamericana De Derechos Humanos

San José, Costa Rica

Asunto: Intervención Solicitud Opinión Consultiva relativa a “Obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de Estados Americanos”.

Respetado Sr. Saavedra:

Con el fin de proporcionar insumos jurídicos a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos y contribuir con el estudio de los asuntos de relevancia de la región en materia de derechos humanos y de conformidad con el *artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana*, la **FUNDACIÓN PROBONO COLOMBIA**, en condición de organización de la sociedad civil sin ánimo de lucro, presentará la siguiente intervención a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia el 6 de mayo de 2019, en respuesta a la invitación extendida por la H. Corte.

Esperamos sea de utilidad para las discusiones que sobre la solicitud presentada por la República de Colombia se generen al interior de la H. Corte.

Cordialmente,



ANA MARÍA ARBOLEDA PERDOMO
Directora Ejecutiva Fundación ProBono Colombia
Correo:



DAVID CUJAR BERMÚDEZ
Coordinador Incidencia y litigio estratégico Fundación ProBono Colombia

MARÍA ELVIRA PADILLA
Abogada pro bono Dentons Cárdenas & Cárdenas

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CONSIDERACIONES PREVIAS	5
1. Competencia Consultiva de la Corte y Admisibilidad	5
1.1 <i>Sobre las Preguntas 1 y 3 de la República de Colombia</i>	7
1.2 <i>Sobre la Segunda Pregunta de la República de Colombia</i>	7
INTERVENCIÓN RESPECTO DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA	9
1. Sobre las obligaciones de derechos humanos exigibles a los Estados que renuncian a la CADH: Los Estados miembros de la OEA conservan las obligaciones de derechos humanos establecidas en la Declaración Americana	9
2. Sobre los efectos de la renuncia a la OEA sobre las obligaciones de derechos humanos: Derechos Humanos como Normas de <i>Ius Cogens</i>	10
3. Sobre la denuncia de la CADH y de la Carta de la OEA y las obligaciones de los Estados que aún son parte.	13
3.1 <i>¿Qué obligaciones tienen los restantes miembros de la OEA?</i>	14
4. Consideraciones sobre los mecanismos disponen los Estados miembros de la OEA para hacer efectivas las obligaciones derivadas de la Carta de la OEA y la CADH.....	16
4.1. <i>Solicitar medidas al Consejo de Seguridad de la ONU</i>	16
4.2. <i>En sus ordenamientos jurídicos los Estados parte de la OEA deberán disponer de todos los medios para brindar atención y garantizar los DDHH de las personas que han logrado emigrar del Estado Denunciante.</i>	17
5. Mecanismos de acceso a la justicia internacional y de protección de derechos humanos. 19	
5.1 <i>¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la jurisdicción del Estado denunciante?</i>	19
5.1.1 <i>Interposición de denuncia ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (“Consejo DDHH).</i>	19
5.1.2 <i>Recurrir a la Corte Penal Internacional (CPI)</i>	20
CONCLUSIONES	24

INTRODUCCIÓN

El 6 de mayo de 2019 la República de Colombia sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) la solicitud de Opinión Consultiva sobre “obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de Estados Americanos” (“Solicitud” o “Solicitud de Opinión Consultiva”), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y 70 del Reglamento de la Corte. El Presidente de la Corte Interamericana fijó el 16 de diciembre como plazo límite para la presentación de observaciones escritas.

En vista de lo anterior, a continuación, la **FUNDACIÓN PROBONO COLOMBIA** (la “Fundación”) presentará fundamentos de especial relevancia para la contestación de las preguntas planteadas a la Honorable Corte Interamericana.

La Fundación es una organización no gubernamental y sin ánimo de lucro colombiana, con personería jurídica reconocida mediante Acta No. 1 registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá (Ver **Anexo No. 1**), orientada a brindar asistencia legal de alta calidad a las personas en condición de vulnerabilidad o con escasos recursos, y a las comunidades y organizaciones que los asisten, pero que no poseen los recursos suficientes para pagar los servicios legales.

La presente intervención tiene como propósito proporcionar una visión jurídica de derechos humanos frente a los mecanismos de protección del Sistema Interamericana de Derechos Humanos y responder a las preguntas planteadas por la República de Colombia, en atención a la función consultiva que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos disponibles en países que pretendan abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al efecto, este documento se divide en dos partes, la primera responde desde lo sustantivo a las preguntas relacionadas con los efectos que en materia de obligaciones de otros Estados parte, tiene la denuncia de un Estado (“Estado denunciante”) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Carta de la OEA”). La segunda, aborda desde lo procedimental aquellos mecanismos de acceso a la justicia internacional y de protección de derechos humanos que tienen los individuos por violaciones cometidas al interior de su país de

origen (que ha denunciado la CADH) y adicionalmente, por las violaciones a sus derechos causadas por la imposibilidad de ingresar y permanecer en territorios de otros países miembros de la CADH. Finalmente se presentarán las conclusiones.

CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Competencia Consultiva de la Corte y Admisibilidad

Procedemos en primer lugar a presentar nuestras observaciones en relación con el alcance de la competencia consultiva de la Corte IADH y la admisibilidad de la Solicitud de Opinión Consultiva en comento.

De conformidad con lo señalado por la Corte, el artículo 64 de la CADH otorga a la Corte IADH una función consultiva que comprende la interpretación de la CADH y “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora.”¹

De esta manera, están “legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención.”²

Adicionalmente, la Corte IADH ha establecido los límites de esta función consultiva, estableciendo que, en general:

“la Corte no está llamada a asumir [...], una función orientada a determinar el alcance de los compromisos internacionales, de cualquier naturaleza que sean, asumidos por Estados que no sean miembros del sistema interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al mismo. En cambio, podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la

¹ Opinión Consultiva 1/82; 24 de setiembre de 1982, p. 3, ¶ 14.

² *Id.*

protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano.” (Énfasis ajeno al texto original)

Específicamente, y cómo lo ha señalado la República de Colombia en la Solicitud, la jurisprudencia de la Corte ha señalado determinados supuestos en los que se procedería a no dar trámite o respuesta a la solicitud³:

- i. no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso⁴;
- ii. no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno⁵;
- iii. no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno⁶;
- iv. no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia⁷; y
- v. no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los

³ Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2018, Considerando sexto.

⁴ Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párr. 28; Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 46 y 47; Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 45; Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005, Considerando sexto.

⁵ Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2005, Considerando décimo tercero.

⁶ Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 30, y Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de mayo de 2005, Considerando undécimo.

⁷ Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005, Considerandos séptimo a décimo segundo, y Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, Considerandos séptimo y décimo quinto.

órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.⁸

1.1 *Sobre las Preguntas 1 y 3 de la República de Colombia*

En el caso concreto, el planteamiento realizado por la República de Colombia presenta varias cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y la Carta de la OEA con respecto a Estados que son miembros de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), que se pueden agrupar de la siguiente manera.

En primer lugar, se solicita la interpretación de estos instrumentos en relación con las obligaciones de derechos humanos de Estados que siguen siendo parte de la OEA pero que han denunciado la CADH, consulta que se encuentra dentro del alcance de la facultad consultiva de la Corte.

Por otro lado, la tercera pregunta planteada en la Solicitud se refiere a la interpretación del alcance de las obligaciones de derechos humanos de los Estados restantes de la OEA y los mecanismos que se encuentran disponibles para los Estados miembros de la OEA para hacer efectivas las obligaciones que tenga el Estado denunciante que ha renunciado a la OEA.

1.2 *Sobre la Segunda Pregunta de la República de Colombia*

En segundo término, Colombia solicita la interpretación de la Corte para determinar los efectos sobre las obligaciones de derechos humanos de un Estado que ha denunciado la CADH, si adicionalmente este Estado decide retirarse de la OEA. Como señala el Estado solicitante, la consulta se encuentra dirigida a establecer “cuáles son las obligaciones que sobre esas cuestiones subsisten y siguen siendo vinculantes ara dicho Estado a la luz del derecho internacional general”. Esta consulta puede considerarse atribuible al alcance de las obligaciones de Estados que ya no serían parte de la OEA y en ese sentido, podría considerarse que excede la facultad consultiva de la Corte según lo señalado anteriormente.

Al respecto, la Corte ha señalado:

“La distinción implícita en el artículo 64 de la Convención alude más bien a una cuestión de carácter geográfico-político. Dicho más exactamente, lo que interesa

⁸ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 47; Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 63, y Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 24.

es establecer a cargo de qué Estado están las obligaciones cuya naturaleza o alcance se trata de interpretar y no la fuente de las mismas. Si el fin principal de la consulta se refiere al cumplimiento o alcance de obligaciones contraídas por un Estado Miembro del sistema interamericano, la Corte es competente para emitirla, aun cuando fuera inevitable interpretar el tratado en su conjunto. En cambio, no sería competente si el propósito principal de la consulta es el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos a dicho sistema. Esta distinción destaca nuevamente la necesidad de resolver en cada caso según las circunstancias concretas.”⁹ (Énfasis ajeno al texto original)

De todo lo anterior, podría llegar a considerarse que la situación concreta planteada en la segunda pregunta de la Solicitud se refiere a determinar si las obligaciones propias de un miembro de la OEA subsisten o son extensivas a un Estado que ya no es miembro de la OEA. Esto significa que el concepto de la Corte, aunque se referiría a la interpretación de instrumentos creados al interior del sistema interamericano, asunto que es de su competencia, estaría dirigido a determinar el alcance de las obligaciones de un Estado que ya no es un Estado Americano, que, según la Corte, comprende:

“La Corte interpreta que, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, 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.”¹⁰ (Énfasis ajeno al texto original)

Sin embargo, una mirada más detallada a la consultar permite ver que la Solicitud se refiere en cambio a los efectos que sobre obligaciones internacionales tiene una renuncia de un Estado, que al momento de asumir dichas obligaciones o compromisos hacía parte del sistema. Esto es, si la exigibilidad de las obligaciones de derechos humanos consagradas en el derecho internacional consuetudinario y la Declaración Americana se encuentran sujetas a la membresía de un Estado a la OEA.

Es decir, en vez de referirse al alcance o cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos de un Estado que nunca fue parte de la OEA, se refiere a si la eficacia de dichos instrumentos puede hacerse extensiva a un Estado que renuncia a la OEA, aun cuando asumió como miembro los compromisos derivados de dichos instrumentos.

Finalmente, la Solicitud incluye la opinión sobre los efectos que tiene la renuncia de un Estado con respecto a las obligaciones positivas de los demás Estados miembros de la

⁹ Opinión Consultiva 1/82; 24 de setiembre de 1982, par. 38.

¹⁰ Opinión Consultiva 1/82; 24 de setiembre de 1982, par. 35.

Organización. Toda vez que el alcance de la pregunta se refiere directamente a las obligaciones de los Estados miembros, consideramos que se encuentra dentro del ámbito de admisibilidad de la competencia consultiva de la Corte IADH.

INTERVENCIÓN RESPECTO DE LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

1. Sobre las obligaciones de derechos humanos exigibles a los Estados que renuncian a la CADH: Los Estados miembros de la OEA conservan las obligaciones de derechos humanos establecidas en la Declaración Americana

La primera pregunta de la República de Colombia se refiere a “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”.¹¹

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que el alcance de las obligaciones de derechos humanos que son exigibles a los miembros de la OEA en virtud de la Carta de la OEA, cuando en sus artículos 3(l), 17 and 106 se refiere a “derechos fundamentales” o “derechos humanos”,¹² comprende aquellos incluidos en la Declaración Americana. Así lo señala el artículo 1 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al definir la expresión “derechos humanos” con respecto a los Estados miembros que no son parte de la CADH:

- “2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende:*
- a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma;*
 - b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.”¹³ (Énfasis ajeno al texto original)*

En consecuencia, si un Estado miembro de la OEA denuncia la CADH, sigue estando sujeto a las obligaciones de derechos humanos que establece la Declaración Americana

¹¹ Solicitud presentada por la República de Colombia el 6 de mayo de 2019, par. 41.

¹² Carta de la OEA, arts. 3(l), 18, 106.

¹³ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 1(2)(b).

por vía de la Carta de la OEA, independientemente de que sea parte o no de la CADH. En este sentido lo ha reiterado la Corte IADH, al señalar en una Opinión Consultiva que:

*“Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.”*¹⁴ (Énfasis ajeno al texto original)

Lo anterior implica además que mientras el Estado denunciante continúe siendo un Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana continuará tramitando peticiones, casos y medidas cautelares en relación con violaciones de derechos humanos ocurridas antes de que se haga efectiva la denuncia de la CADH.¹⁵

Adicionalmente, la Comisión seguirá cumpliendo con su mandato de promoción y supervisión de la situación de derechos humanos en dicho Estado, de conformidad con las atribuciones enumeradas en el artículo 18 del Estatuto de la Comisión.¹⁶ Sin embargo, de conformidad con el artículo 20 del mencionado Estatuto, su margen de acción estará limitado a emitir recomendaciones no vinculantes¹⁷ y no podrá remitir denuncias por violación de la CADH ante la Corte IADH. La Corte, a su vez, se encuentra impedida para tramitar casos que se refieran a violaciones de esta Convención.¹⁸

2. Sobre los efectos de la renuncia a la OEA sobre las obligaciones de derechos humanos: Derechos Humanos como Normas de *Ius Cogens*

En segundo lugar, nos referimos a la pregunta de la República de Colombia sobre los efectos que sobre los derechos humanos que constituyen obligaciones bajo la Carta de la OEA, tiene la renuncia a la Organización.

¹⁴ Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 solicitada por la República de Colombia, par. 45.

¹⁵ CADH, art. 78(2): “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.”

¹⁶ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 18.

¹⁷ *Id.*, art. 20(b).

¹⁸ *Id.*, art. 20(a).

Es importante señalar que aquellas normas de la CADH y de la Declaración Americana que han pasado a formar parte del derecho consuetudinario internacional o que han alcanzado el estatus de normas *ius cogens*, seguirían siendo aplicables al Estado que renuncia, toda vez que constituirían obligaciones de carácter *erga omnes* cuya exigibilidad no se encuentra sujeta a la existencia de un tratado o la pertenencia a una determinada organización.

A propósito de los derechos humanos como parte del contenido material del concepto de *ius cogens*, el H. Juez Cañado Trindade señaló que:

*"Las manifestaciones del jus cogens internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de Derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del jus dispositivum, y no pueden ser considerados como simplemente "negociables"; todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del jus cogens evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del jus necessarium sobre el jus voluntarium; el jus cogens se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían."*¹⁹ (Énfasis ajeno al texto original)

Durante los últimos años, el contenido material del concepto de *ius cogens* ha sido extensivo a determinados derechos humanos con ocasión de la evaluación por parte de las Cortes internacionales de casos concretos. Este es el caso por ejemplo de la Corte IADH, que, en decisiones como *Cantoral Benavides v. Perú*,²⁰ *Martiza Urrutia v.*

¹⁹ Voto Concurrente, H. Juez Cañado Trindade, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados"; ver también J.A. Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el 'Jus Cogens' Internacional", en Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, p. 581-590; G.M. Danilenko, "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", 2 European Journal of International Law (1991) p. 48-49 y 59-65.

²⁰ Corte IADH, Caso *Cantoral Benavides v. Perú*, Decisión del 18 de agosto de 2000, par. 99: "99. En todo caso, la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es

Guatemala y Tibi v. Ecuador,²¹ sostuvo que la tortura, el trato inhumano y las ejecuciones extrajudiciales son una violación al *ius cogens*.²² En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, fue clara en afirmar que:²³

“Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de jus cogens internacional.” (Énfasis ajeno al texto original)

Así mismo, en Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte sostuvo que el principio fundamental a la igualdad y la no discriminación eran parte del *ius cogens*.²⁴

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia ha contribuido en el pasado a establecer el contenido material del *ius cogens*. En el caso *Application of the Convention against Genocide*, la Corte afirmó que los derechos y obligaciones establecidos dicha Convención eran “derechos y obligaciones *erga omnes*”. Esta afirmación fue compatible con la posición de la Corte durante su Opinión Consultiva *Reservations to the Convention of Genocide*, en la que la Corte señaló que los principios humanitarios en los que basa la Convención era reconocidos como “exigibles para los Estados, incluso sin la existencia de una obligación convencional”.²⁵

Es así como se espera que el concepto de *ius cogens*, en evolución constante, se dirija hacia la inclusión de los derechos humanos como obligaciones de carácter imperativo para todos los Estados con independencia de los tratados internacionales que los consagren. Al respecto:

decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.”

²¹ Corte IADH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Decisión del 7 de septiembre de 2004, par. 143.

²² Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, par. 97-101.

²³ Corte IADH, Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, Decisión del 8 de julio de 2004, par. 112.

²⁴ Cancado, Antonio Augusto, “*Ius Cogens in Contemporary International Case Law*”, citando *ICJ Reports* (1996) p. 616, par. 31.

²⁵ *Id.*, citando a Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *ICJ Report* (1951), p. 23.

“As jus cogens is not a closed category (supra), I understand that no one either would dare to deny that, e.g., slave work, and the persistent denial of the most elementary guarantees of the due process of law would likewise affront the universal juridical conscience, and effectively collide with the peremptory norms of the jus cogens. All this doctrinal evolution points to the direction of the crystallization of the obligations erga omnes of protection; without the consolidation of such obligations one will advance very little in the struggle against the violations of human rights.”²⁶ (Énfasis ajeno al texto original)

Finalmente, han existido pronunciamientos por parte del H. Juez Cançado, en relación con el derecho de acceso a la justicia como un derecho humano que debería ser considerado parte del *ius cogens*.²⁷

Es así como los esfuerzos de la comunidad jurídica internacional van dirigidos a la concreción y gradual evolución del concepto de *ius cogens*, permitiendo que el mismo incluya, para un sector, incluso los derechos humanos, independientemente del tratado que lo consagre, como más que obligaciones meramente convencionales, obligaciones de carácter perentorio e irrenunciable.²⁸ Lo anterior quiere decir que incluso si un Estado ya no es miembro de la OEA, y por lo tanto no le son exigibles las obligaciones de derechos humanos por vía de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, lo son aún como obligaciones perentorias pertenecientes al *ius cogens*.

3. Sobre la denuncia de la CADH y de la Carta de la OEA y las obligaciones de los Estados que aún son parte.

Debido a su estrecha relación se responderán de manera conjunta las siguientes preguntas:

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

²⁶ *Id.*, p. 13.

²⁷ Ver Voto Separado, *Masacre del Plan de Sánchez v. Guatemala*, decisión del 29 de abril de 2004, par. 22, 29-33 y 35; Voto Separado *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, decisión del 8 de julio de 2004, par. 37-44; Voto Separado, *Tibi v. Ecuador*, decisión del 7 de septiembre de 2004, par. 30-32, entre otros. Ver también Cançado, Antonio Augusto, “*Ius Cogens in Contemporary International Case Law*”, p. 18-26.

²⁸ Contreras, Diana, Álvarez, Ignacio, “*A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens*”. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34038.pdf>

3.1 ¿Qué obligaciones tienen los restantes miembros de la OEA?

Sea lo primero decir que dada la denuncia de un Estado a la CADH y a la Carta de la OEA, la capacidad de acción de la Organización de Estados Americanos (“OEA”) se torna limitada puesto que se trata de un Estado que, al denunciar el tratado constitutivo de la organización, la desconoce como interlocutora dentro de la comunidad internacional.

Ahora bien, dado el carácter de universalidad de los derechos humanos (“DDHH”) afirmado desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”), existe un deber en cabeza de toda la comunidad internacional y de los Estados de velar por su respeto y garantía. Sin embargo, el hecho de que las violaciones graves y sistemáticas se presenten en la jurisdicción de un Estado que no está vinculado en forma alguna con la organización que pretende tomar acciones para conjurar la situación, implica que una intervención en el mismo se traduzca en una violación de su soberanía. De igual manera sucederá si los Estados miembros de la OEA deciden tomar medidas que conlleven a irrumpir en el territorio del Estado denunciante.

Ahora, las obligaciones en materia de DDHH de los Estados miembros de la OEA con respecto a los nacionales del Estado denunciante, que son víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, permanecen pues estos no atienden a consideraciones de cultura, raza, género o nacionalidad. Así, de migrar a uno de estos Estados, deberán ser acogidos y respetados sus derechos humanos. En este sentido lo ha señalado la Corte IADH, al señalar en su Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*:

“Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.”²⁹

Lo anterior, teniendo en cuenta la especial relevancia de los principios de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y la no discriminación, que como mencionamos

²⁹ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, par. 73.

anteriormente, constituyen, a la luz de los establecido por la Corte IADH, normas de *jus cogens*:

“[E]ste Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”³⁰ (Énfasis ajeno al texto original)

A pesar de lo anterior, tomar acciones dentro de un Estado que ya no es parte de la OEA impide que exista un marco jurídico internacional que regule tales acciones, por tanto, lo pertinente es acudir a otras instancias internacionales de las que sí haga parte el Estado denunciante y a partir de estas tomar todas las medidas necesarias para el restablecimiento de los DDHH. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) siendo el organismo internacional del que hacen parte la mayor cantidad de Estados, se convierte en la instancia perfecta para articular soluciones y lograr el diálogo con el Estado denunciante.

De igual manera, los Estados individualmente considerados o en el marco de organismos regionales de integración podrán optar por acciones de tipo diplomático a través de las cuales generen una presión importante en el Estado denunciante, de manera tal que no tenga otro remedio que frenar las graves violaciones a los derechos humanos, tal sería el caso de intentar un rompimiento de las relaciones diplomáticas, prohibiciones en materia económica, impedir la circulación de mercancías, aumento de aranceles, entre otros.

³⁰ *Id*, par. 101.

En síntesis, ya que no existe manera de imponer obligaciones por parte de una organización que no está vinculada a través de tratado alguno con el Estado que desconoce los derechos humanos y en consecuencia no existe un órgano que pueda hacer supervisión, habrá que acudir a otro tipo de tratados del que sí haga parte el Estado denunciante y cuya firma se haya dado en el marco de una organización con capacidad de acción. De igual manera, destaca el carácter de *ius cogens* de algunas de las prohibiciones que nacen de la DUDH es decir, aquellas que son reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto y son inderogables³¹, por tanto, podrán ser exigidas al Estado denunciante en este caso, desde la organización internacional de la que aún hace parte.

4. Consideraciones sobre los mecanismos disponen los Estados miembros de la OEA para hacer efectivas las obligaciones derivadas de la Carta de la OEA y la CADH.

En razón a que ya no existe un vínculo del Estado denunciante y la OEA, los demás Estados parte podrán hacer efectivas las obligaciones en materia de DDHH, atendiendo a su universalidad, y acudiendo a la ONU, como organismo internacional de escala universal, a través de los siguientes mecanismos: (i) solicitar medidas al Consejo de Seguridad (CS) de la ONU y (ii) desde su legislación interna, disponer de todos los medios para brindar atención y garantizar los DDHH de las personas que han logrado emigrar del Estado Denunciante.

4.1. *Solicitar medidas al Consejo de Seguridad de la ONU*

La Carta de las Naciones Unidas ("Carta de la ONU") ha otorgado al CS la responsabilidad del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para ello, el CS tiene ciertas facultades que le permiten lograr tal objetivo, como lo son la obligatoriedad de sus decisiones y la imposición de medidas, distintas del uso de la fuerza, que permiten hacer presión en los Estados.

Conforme con lo anterior, las graves violaciones de los derechos humanos que cometa el Estado denunciante puede poner en riesgo la seguridad y paz internacionales en la

³¹ Acosta López, J y Duque Vallejo, A. (2000). "Declaración Universal de Derechos Humanos, Norma de *Ius Cogens*?. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420300002>, p. 16

medida en que es de tal magnitud la situación, que afecta la seguridad de sus países vecinos, bien sea porque la migración de los ciudadanos del Estado denunciante a Estados fronterizos ha conllevado al despliegue de tropas de ambos países en frontera o porque los reproches de los demás Estados, frente al Estado denunciante, han implicado el rompimiento de relaciones diplomáticas y amenazas del uso de la fuerza por injerencias en asuntos internos.

Con el fin de lograr que el Estado denunciante cese las graves violaciones a los DDHH en su jurisdicción, la presión internacional podrá generarse a partir de la imposición, por parte del CS de las siguientes medidas contempladas en la Carta de la ONU³²:

- Interrupción total o parcial de las relaciones económicas con los Estados miembros de la ONU.
- Interrupción total o parcial de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación con los Estados miembros de la ONU.
- Ruptura de relaciones diplomáticas con los Estados miembros de la ONU.

4.2. *En sus ordenamientos jurídicos los Estados parte de la OEA deberán disponer de todos los medios para brindar atención y garantizar los DDHH de las personas que han logrado emigrar del Estado Denunciante.*

En atención a la teoría clásica e imperante sobre la soberanía, los Estados parte de la OEA no pueden irrumpir en el territorio del Estado denunciante para poner fin a las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, y principalmente los Estados parte cercanos al Estado denunciante, al recibir a los ciudadanos que han logrado emigrar, deberán prestarles la atención necesaria y garantizar sus derechos humanos.

Al efecto, es relevante recordar el artículo 22 de la CADH que consagra el derecho a la circulación y residencia que implica la garantía a no ser privado del derecho a ingresar al territorio del que se es nacional, el derecho a buscar y recibir asilo, el principio de devolución (particularmente cuando la vida o libertad de la persona está en peligro, entre otros, por sus opiniones políticas) y, la prohibición absoluta de expulsiones colectivas de extranjeros. La norma en comento establece puntualmente que:

³² Artículo 41 de la Carta de la ONU

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*
2. *Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*
3. *El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*
4. *El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.*
5. *Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.*
6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.*
7. *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.*
8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.*
9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.*

Cada uno de los Estados parte de la OEA deberá garantizar las disposiciones antes transcritas. De lo contrario, estará violando la CADH. Para ello, el artículo 2 de la CADH establece el deber que tienen los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, es decir que los Estados *“se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos*

constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En últimas, las protecciones básicas de los DDHH previstas en la CADH constituyen obligaciones que los Estados de la OEA deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor subjetivo, incluida su condición de inmigración. Uno de los objetivos de la CADH es precisamente garantizar como fundamental la igual protección de la ley a nacionales y extranjeros respecto de los derechos en ella establecidos.³³

5. Mecanismos de acceso a la justicia internacional y de protección de derechos humanos.

La pregunta a responder es la siguiente:

5.1 *¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la jurisdicción del Estado denunciante?*

En razón a la denuncia a la Carta de la OEA y a la CADH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH no tienen competencia para conocer de los casos de graves violaciones a los derechos humanos en la jurisdicción del Estado denunciante, por ello, sus nacionales deberán acudir a mecanismos de acceso a la justicia internacional y de protección de derechos humanos del sistema universal, a saber:

5.1.1 *Interposición de denuncia ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (“Consejo DDHH”).*

De conformidad con la Resolución 5/1 de la ONU, el procedimiento de denuncia ante el Consejo DDHH es para aquellas situaciones persistentes de violaciones manifiestas y claras de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se

³³ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párr. 179.

produzcan en cualquier lugar del mundo –de un Estado miembro de la ONU- y en cualquier circunstancia.³⁴

Dichas situaciones son aquellas que revisten tal gravedad que ya no puede considerarse competencia exclusiva de la jurisdicción interna de los Estados. Aquí también se incluyen las situaciones en las que existan varias víctimas y se produzca un cierto número de infracciones que se distribuyan a lo largo de un mínimo de tiempo y sean de carácter particularmente inhumano o degradante.³⁵

El Consejo DDHH conoce de la situación a partir de comunicaciones de parte de cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental, que son entregadas y revisadas por el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones y al Grupo de Trabajo sobre las Situaciones. El procedimiento es confidencial pues buscar potenciar la cooperación del Estado interesado.³⁶

Una vez el Consejo DDHH conozca de la situación podrá designar grupos de investigación o expertos, organizar visitas in situ, ponerse en contacto con los gobiernos correspondientes, proponer su colaboración o condenar las violaciones. Si estudiada la situación, el Consejo DDHH puede determinar que su gravedad es tal, que amerita ordenar el inicio de una investigación a cargo de un grupo de expertos independientes (grupo de trabajo) o un especialista (relator o representante especial). El grupo de trabajo o relator elaborarán conclusiones que permitirán al Consejo DDHH dirigirse a los gobiernos, en este caso al Estado denunciante, e instarlos a realizar cambios.³⁷

5.1.2 *Recurrir a la Corte Penal Internacional (CPI)*

Para poder presentar un caso ante la CPI los particulares deberán a ser por intermedio de la Fiscalía de la Corte, pues es el único que canaliza las demandas efectuadas por los

³⁴ ONU, Consejo de Derechos Humanos, (S.f.). “Preguntas frecuentes”. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/FAQ.aspx>

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ ONU, (s.f.). “La ONU y los derechos humanos”. Recuperado de: <https://www.un.org/es/rights/overview/hrcouncil.shtml>

particulares. Los Estados parte de la Corte y el Consejo de Seguridad de la ONU también tienen legitimación por activa para la remisión de casos ante la CPI.³⁸

La CPI conoce de cuatro delitos consagrados en el Estatuto de Roma, artículos 6, 7, 8 y 9 respectivamente. Puntualmente, si bien todos revisten grave violación a los DDHH, para este documento es de especial importancia el crimen de lesa humanidad que se transcribe a continuación:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier

³⁸ Salmón Garate, E, (s.f.). "El procedimiento ante la Corte Penal Internacional". Recuperador de: <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf> p. 4

acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer es ataque o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los

sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

El procedimiento ante la CPI está estructurado en tres etapas. La primera consta del examen preliminar, la segunda es la fase de investigación y enjuiciamiento y la tercera

es el juicio oral ante la Sala de Primera Instancia que termina con una sentencia que podrá ser apelada o revisada.

CONCLUSIONES

Si un Estado miembro de la OEA denuncia la CADH, sigue estando sujeto a las obligaciones de derechos humanos que establece la Declaración Americana por vía de la Carta de la OEA, independientemente de que sea parte o no de la CADH.

Lo anterior implica además que mientras el Estado denunciante continúe siendo un Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana continuará tramitando peticiones, casos y medidas cautelares en relación con violaciones de derechos humanos ocurridas antes de que se haga efectiva la denuncia de la CADH.

Como se ha mencionado a lo largo de este documento, la denuncia de un Estado a la Carta de la OEA y a la CADH torna inoperante e ineficaz la acción de este organismo internacional. Por ello, para conjurar la situación de grave violaciones a los derechos humanos en el Estado denunciante, será necesario acudir a mecanismos de protección universales de DDHH y a la ONU como organización internacional con un verdadero carácter universal.

Así, por una parte, será necesario tener en cuenta la naturaleza de *ius cogens* que tienen algunas disposiciones de la DUDH, lo que hace que su exigibilidad no derive de la firma y ratificación de un determinado tratado; por la otra, una posible solución estará en matizar la idea clásica de soberanía para abrir paso a una garantía de los DDHH.

Ahora bien, en el marco de la protección universal a los DDHH los países que son tanto parte de la OEA como de la ONU, considerando que el Estado denunciante también es parte de la ONU, podrán solicitar al CS de la ONU que tome medidas de presión sobre el Estado denunciante de forma tal que cese las violaciones a los DDHH.

En razón a las obligaciones consagradas en la Carta de la OEA y la CADH, los Estados que aún son parte tendrán que respetar y garantizar los DDHH de los ciudadanos que emigren hacia sus territorios, procurando siempre su dignidad humana.

Como última medida, podrá considerarse aplicar la figura de intervención humanitaria en el Estado denunciante, una vez sea autorizada por el CS de la ONU.

Finalmente, si los nacionales del Estado denunciante quieren tomar acciones frente a la situación de violación a los DDHH, podrán formular una denuncia ante el Consejo DDHH de la ONU o incluso acudir al Fiscal de la CPI para que lleve su caso ante dicho órgano judicial por la comisión de crímenes de lesa humanidad.