

# El ser humano como cúspide del sistema jurídico y su protección internacional\*

## The human being as pinnacle of the legal system and its international protection

*David Andrés Murillo Cruz\*\**

### Resumen

Los sistemas de protección de los Derechos Humanos tanto universal como regionales tienen algo en común y es que su génesis se encuentra en la violación de los Derechos Humanos efectuada por los Estados. Irónica y extrañamente, los sistemas y mecanismos de protección se han creado principalmente para proteger a las personas del actuar de los Estados, quienes en su trasegar histórico parecen no cumplir su finalidad esencial: la protección de las personas en sus derechos, sino por el contrario, la vulneración de los mismos. El ser humano es la fuente y la razón de ser de lo jurídico y de todo aquello que lo rodea, incluyendo el Estado como ente colectivo, virtual y ficticio. No obstante, en el sistema jurídico bidimensional que se ha establecido a partir de la estructura piramidal y normativa creada por la escuela de Viena y reforzada por el principio de legalidad en el sistema continental, éste ha perdido su relevancia y los ordenamientos jurídicos han dejado de ser antropocentristas y han pasado a ser normocentristas, planteándosele retos al derecho internacional con el fin de liderar el cambio conceptual haciéndose humanizado y reestructurando la pirámide normativa por una humana o social.

**Palabras clave:** Derecho internacional humanizado, sistemas de protección de Derechos Humanos, ser humano, pirámide normativa, pirámide humanizada y Estados.

---

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2013

Fecha de aprobación: 24 de enero de 2014

\* El presente artículo hace parte de la investigación doctoral que adelanta el autor en la Université Montesquieu – Bordeaux IV, titulada: “Les exigences du contrôle international de conventionnalité à l’égard des droits internes” que se ha articulado con la investigación adelantada en el grupo de investigación “Derecho Verde” del programa de derechos de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia – Uniagraria.

\*\* Doctorando en Derecho y Máster en Derecho Internacional de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Abogado de la Universidad Libre, Docente honorífico de la Universidad Autónoma de México, Docente-Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, Docente de derecho público de la Universidad Libre, Docente de derecho internacional y derecho de la Unión Europea de la Fundación Universitaria de Colombia – Uniagraria y Asesor Jurídico Internacional.

## Abstract

Protection systems of both universal and regional human rights have one thing in common; its genesis is in the violation of human rights carried out by the States. Ironically and strangely, systems and protection mechanisms have been created primarily to protect people from the actions from the States, who in their historical act don't seem to fulfill its essential purpose: protecting people in their rights, but rather, violation thereof. The human being is the source and reason for the legal and everything that surrounds it, including the State as a collective, virtual and fictitious entity. However, in the two-dimensional legal system that have been established based on the pyramid structure and rules created by the Vienna School and reinforced by the principle of legality in the continental system, it has lost its relevance and legal systems have stopped be anthropocentric and have spent has to be 'rulecentric', causing challenges to the international law with the purpose of lead the conceptual change becoming humanized and restructuring the normative pyramid by a human or social one.

**Keywords:** Humanized international law, systems protection of human rights, human being, legal pyramid, and the pyramid humanized.

## Introducción

Los Derechos Humanos han logrado un desarrollo muy extenso a partir de la segunda mitad del siglo XX; no obstante, es impertinente aseverar que ya se encuentran completamente definidos, pues se trata de una materia en constante evolución al depender esencialmente del proceso evolutivo mental que lleva al reconocimiento sistemático y consecutivo de los mismos.

Este desarrollo ha adquirido un impulso normativo que ha llevado a la creación de sistemas de protección que esencialmente han tenido como objeto “proteger a las personas contra los abusos de los Estados, poniendo a su disposición una serie de mecanismos para denunciar las violaciones realizadas por los Estados o para controlar la efectiva implementación de los diferentes tratados internacionales en cada Estado” (Barraondo, 2004, p. 1), pero que luego se han

extendido en el sistema jurídico internacional al punto de contar en la actualidad con una normatividad muy avanzada a la que solo le hacen falta mecanismos de seguimiento e implementación.

La tendencia universal se extendió a las regiones y le dio lugar a los sistemas de protección que allí funcionaban, inicialmente Europa, seguido de América y finalmente África<sup>1</sup>. Al igual que el universal, los sistemas regionales se identifican por tener un elemento en común respecto a su génesis y éste

<sup>1</sup> Es importante destacar que si bien para la estructura de este documento se ha empleado un orden respecto a los sistemas de protección, partiendo del universal hacia los regionales, este orden en realidad se altera, pues es en América donde se realiza el primer instrumento de protección de Derechos Humanos, se trata de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948, elaborada en Bogotá durante la IX Conferencia Internacional Americana.

hace referencia a su objeto: la protección de los derechos de los seres humanos respecto a las vulneraciones perpetradas por los Estados a través de sus autoridades.

Infortunadamente, estos sistemas y sus mecanismos se han creado bajo el esquema normativo y piramidal estructurado por el círculo jurídico de Viena durante la primera mitad del siglo XX, haciendo primar el Estado y su capacidad reguladora a través de las normas jurídicas, dejando de lado al ser humano; pues, a pesar de que la conformación del Estado se da por éste, la normativización del derecho condujo a su reducción fáctica y a la invisibilidad de sus derechos. De ahí, que se proponga reestructurar la pirámide normativa, rompiendo las fronteras territoriales de los Estados y fraccionando el concepto de soberanía absoluta de los mismos con el fin de crear una pirámide humana y social que en su base tenga a la humanidad y en su cúspide al ser humano, completándose su centro con la pirámide normativa tal cual como en el mundo jurídico actual se concibe.

### **Problema de investigación**

¿Puede considerarse al ser humano como cúspide del sistema jurídico y lograrse su protección sin tomar en cuenta la teoría voluntarista de los Estados en el derecho internacional, dándosele mayor relevancia a la humanidad y al fundamento teleológico del derecho y menos a los Estados?

### **Estrategia metodológica**

La estrategia metodológica de esta investigación ha sido orientada por el enfoque cualitativo a partir de una investigación teórico-jurídica crítica, con el objeto de

poder articular dos posturas que en la contemporaneidad se presentan sobre el derecho internacional y su capacidad para resolver problemas jurídicos.

### **La protección del ser humano a nivel internacional**

La estructura desarrollada para proteger los Derechos Humanos inicia con el sistema onusiano o más conocido como el sistema de protección universal (A) y continúa en las regiones tomándose en cuenta el contexto particular donde tienen lugar las vulneraciones con los sistemas de protección regionales de Derechos Humanos (B).

### **Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos**

Los antecedentes del sistema universal de protección de Derechos Humanos podrían remontarse a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y a la Constitución de los Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787, instrumentos jurídicos revolucionarios e inspiradores que a pesar de tener una vigencia territorial determinada tenían aspiraciones universales de protección. No obstante, el antecedente remoto del sistema es la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y que responde, tal cual como lo establece su contenido, a las necesidades de preservar las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida han infligido a la humanidad sufrimientos indecibles y que han afectado los derechos fundamentales del hombre, su dignidad y su valor como persona humana.

El sistema de protección onusiano entonces, está constituido por *mecanismos convencionales (a)* y *extra-convencionales (b)*, los primeros basados en los tratados internacionales suscritos por los Estados y los segundos, desarrollados por los organismos de Naciones Unidas, particularmente por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) a través de la extinta Comisión de Derechos Humanos, remplazada a partir del 2006, por el Consejo de Derechos Humanos<sup>2</sup>.

### Mecanismos convencionales

*Grosso modo*, los mecanismos convencionales al interior del sistema universal pueden clasificarse en tres grupos dependiendo del tipo de decisión que el órgano tome y del carácter del mismo. Así, se tienen mecanismos *no contenciosos (1)*, *cuasi-contenciosos (2)* y *contenciosos (3)*.

1. Mecanismos *no contenciosos*: El objeto de estos mecanismos es obtener de un órgano internacional la opinión sobre la interpretación o aplicación de un tratado en el orden interno de un Estado Parte, siendo dos sus formas de realización *los informes periódicos* y *las investigaciones*.
2. Mecanismos *cuasi-contenciosos*: Se utilizan en el seno de una controversia de vulneración de Derechos Humanos que en lugar de someterse a un órgano jurisdiccional se pone en consideración de uno internacional para que conozca de ella y emita una recomendación con el fin de darle solución amistosa al conflicto. Estos

mecanismos se activan a través de quejas o denuncias-petición presentadas por los individuos o por los Estados.

3. Mecanismos *contenciosos*: Al igual que en los *cuasi-contenciosos* se está frente a una controversia de violación de Derechos Humanos que se somete al conocimiento y decisión de un órgano internacional jurisdiccional, con el objetivo de que este la examine y tome una decisión con efectos jurídicos para las partes en conflicto.

A decir de Barraondo (2004), la “... aplicación de este mecanismo supone la acción de la Corte Internacional de Justicia y en principio está” cubierto de “... carácter obligatorio, lo cual quiere decir que no es necesaria una declaración expresa del Estado parte aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, en casi todos los tratados, los Estados tienen la capacidad de adoptar reservas de exclusión a la jurisdicción de la Corte, por lo que solo se aplicará su jurisdicción a aquellos Estados que no hayan utilizado la mencionada reserva de exclusión” (pp. 2-3).

Adicional a los mecanismos convencionales como *infra* se citó, existen en el sistema universal mecanismos extra-convencionales para promover, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

### Mecanismos extra-convencionales

Los mecanismos extra-convencionales ya no tienen su fuente en las convenciones, pactos o tratados creados, ratificados y entrados en vigor sino en los organismos internacionales que hacen parte de las Naciones Unidas. Podría decirse que el origen de estos mecanismos se encuentra en la ineficacia de los

<sup>2</sup> El Consejo de Derechos Humanos se crea el 15 de marzo de 2006 por medio de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas como órgano subsidiario de la misma, con el objeto de sustituir a la Comisión de Derechos Humanos.

mecanismos convencionales que surgen para complementar el sistema onusiano, ineficacia que radica en la aplicación generalizada de la doctrina voluntarista del derecho internacional<sup>3</sup> a través de la cual se hace primar el concepto de soberanía potestad y se le permite a los Estados hacer primar su voluntad respecto a la aceptación o no de obligaciones internacionales dirigidas a promover, garantizar y proteger Derechos Humanos. (Murillo, 2011).

La sustitución de la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos como organismo subsidiario de la Asamblea General de las Organizaciones Unidas en el año 2006, llevó a que éste asumiera y se encargara de los mecanismos extra-convencionales que la Comisión conocía, no obstante, con una nueva reorganización que para efectos de este documento se estudiará en bloques separados, uno que desarrolla el *examen periódico universal (1)* a través del cual el Consejo analiza en forma general la situación de los 193 países

<sup>3</sup> La doctrina voluntarista en derecho internacional toma como fundamento la voluntad de los Estados manifestada a través de su consentimiento para obligarse internacionalmente, es decir, consagra en su contenido el concepto de soberanía potestad en el que prima la autonomía de los Estados para autorregularse sin importar la licitud o ilicitud del objeto de los tratados, posición que se contrapone con la doctrina anti-voluntarista y el *ius cogens*, pues estos establecen que la prevalencia de principios que están por encima de la voluntad del Estado. Para profundizar más sobre el tema leer: Pastor Ridruejo, José. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Technos y Sepúlveda, César. (1997). *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.

miembros de las Naciones Unidas<sup>4</sup> y otro que describe los *procedimientos especiales (2)* por medio de los cuales el Consejo conoce y se pronuncia de la situación de Derechos Humanos de un país o de un tema en específico.

### 1. Examen Periódico Universal:

La Resolución de la Asamblea General 60/251 de 2006 creó el mecanismo de examen periódico universal (EPU), "... basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de Derechos Humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados", teniendo este mecanismo naturaleza cooperativa, "... basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad".

Este nuevo dispositivo con el que cuenta el sistema universal ha sido creado con la finalidad de examinar, cada cuatro (4) años, la manera como cada uno de los Estados Miembros de Naciones Unidas cumple sus obligaciones de protección y garantía de los Derechos Humanos en su territorio.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2008),

<sup>4</sup> Es importante precisar que el procedimiento previsto para el Examen Periódico Universal (EPU) contemplado en la resolución 60/251 de 2006 del ECOSOC fue previsto para los 192 Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas; empero, con la separación formal de Sudán del Sur de Sudán a través de referendo celebrado en el mes de enero de 2011, se le reconoció a Sudán del Sur, el 14 de julio de 2011, como nuevo Estado Miembro de la ONU por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

“el examen periódico universal se conduce en el marco de una sesión separada del Consejo de Derechos Humanos por un “grupo de trabajo” compuesto por 47<sup>5</sup> miembros del Consejo. El grupo de trabajo divide su labor en tres sesiones de dos semanas cada una. El Consejo examina 48 Estados Miembros de Naciones Unidas cada año” (p. 10)<sup>6</sup>.

El procedimiento previsto para el Examen Periódico Universal no incluye la participación de los individuos, pues en él sólo interviene el Consejo de Derechos Humanos apoyado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y los Estados Miembros. Para examinar cada Estado, se toman en cuenta tres documentos: i) informe nacional

presentado por el Estado examinado sobre la situación de Derechos Humanos en su territorio; ii) compilación de información extraída por el Alto Comisionado de los diversos informes realizados por los órganos convencionales y de los procedimientos especiales, además, de documentos oficiales de Naciones Unidas y; iii) resumen presentado por el Alto Comisionado sobre la información presentada por las instituciones nacionales de protección de Derechos Humanos, las organizaciones regionales y los representantes de la sociedad civil entre ellos, ONG, grupo de personas defensoras de Derechos Humanos e instituciones académicas e investigativas.

Luego y tomándose en cuenta la naturaleza del EPU, el Grupo de Trabajo entabla un diálogo interactivo con el Estado examinado con el fin de que éste presente la información preparada sobre su evolución, para luego responder a las preguntas y recomendaciones que se le formulen por el Consejo de Derechos Humanos y los Estados Observadores respecto a la práctica y a la situación general de protección y garantía de Derechos Humanos en su territorio.

## 2. Procedimientos Especiales:

La Comisión de Derechos Humanos inicialmente estableció estos procedimientos especiales y al momento de ser remplazada por el Consejo de Derechos Humanos fueron asumidos en su integridad por éste. Los procedimientos especiales están creados para tratar de la situación de Derechos Humanos en un determinado país, procedimiento al que se le ha denominado *mandato por país (i)*, o el análisis de temáticas sensibles sobre Derechos Humanos en todas las regiones del mundo al que se le conoce como *mandato temático (ii)*.

<sup>5</sup> De acuerdo al numeral 7 de la Resolución 60/251 de 2006 de la Asamblea General de Naciones Unidas, serán 47 Estados Miembros los que integrarán el Consejo de Derechos Humanos, los cuales se elegirán de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General y cuya composición estará basada en una distribución geográfica equitativa y los puestos se distribuirán entre los grupos regionales de la manera siguiente: Trece (13) para el Grupo de Estados de África; trece (13) para el Grupo de Estados de Asia; seis (6) para el Grupo de Estados de Europa oriental; ocho (8) para el Grupo de Estados de América Latina y el Caribe y siete (7) para el Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados. Se ha establecido como periodo para los miembros del Consejo tres años y no podrán optar a la reelección inmediata después de dos periodos consecutivos.

<sup>6</sup> L'Examen périodique universel est conduit dans le cadre d'une session séparée du Conseil des droits de l'homme par un "Groupe de travail" composé des 47 membres du Conseil. Le Groupe de travail divise son travail en trois sessions de deux semaines chacune. Le Conseil examine 48 États Membres des Nations Unies chaque année. G.; MNBVC un ^da uno. El Consejo0Comisionado pararsal de los 192 Estados Miembros.s sesiones de dos semanas cada uno.

## Mandatos por país

El objetivo que tienen los procedimientos especiales tal cual como lo ha afirmado el Consejo de Derechos Humanos, “es de proteger y promover los Derechos Humanos de todas las personas y de prevenir las violaciones de Derechos Humanos en el terreno” (2010, p. 1)<sup>7</sup>. Así, los mandatos por país tiene como fin primordial coadyuvar en la labor de promoción y protección de derechos que realiza cada uno de los Estados en sus territorios, haciendo examen y seguimiento de los esfuerzos adelantados por estos para mejorar la situación de Derechos Humanos en su interior.

En términos generales, el mandato por país es el procedimiento especial instituido para vigilar, examinar y evaluar de cerca las políticas gubernamentales, legislativas, jurisdiccionales y financieras que se implementan en un determinado Estado para superar la grave situación de los Derechos Humanos que en él se presenta.

En la actualidad, existen mandatos por país en vigor por el Consejo de Derechos Humanos contra Belarus (2012), Camboya (1993), Costa de Marfil (2011), Eritrea (2012), Haití (1995), República Islámica de Irán (2011), Myanmar (1992), Corea del Norte (2004), Somalia (1993), Sudán (2009), territorios Palestinos ocupados desde 1967 (1993) y República Árabe Siria (2011).

*Grosso modo* puede observarse a través de las diferentes Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos proferidas en relación a los mandatos por país, que su labor se enfoca a verificar los avances efectuados en

un determinado Estado frente a los Derechos Humanos, alentar a los gobiernos y hacer recomendaciones a los mismos para que estos logren cumplir con sus obligaciones de promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos a todas las personas que se encuentren en sus territorios.

## Mandatos temáticos

Siguiendo el objetivo que se planteó con los procedimientos especiales, los mandatos temáticos buscan examinar y supervisar el fenómeno de las violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos en las diferentes latitudes del mundo. Como antecedente se puede citar el *procedimiento público especial por materias* implementado gracias a la Resolución 1235 (XLII) de 1967 del ECOSOC, y por medio del cual, la extinta Comisión de Derechos Humanos en 1980 “... decidió conocer de las violaciones de un derecho humano concreto de cualquier país o territorio en donde se” produjese “... su violación, debido a la constatación que realizó la Comisión en los años anteriores sobre las violaciones masivas y sistemáticas que se estaban produciendo de determinados derechos en diferentes partes del mundo” (Barraondo, 2004, p. 11).

El Consejo de Derechos Humanos tiene a través de sus grupos de trabajo y sus relatores especiales en la actualidad 35 mandatos temáticos sobre situaciones sensibles de Derechos Humanos que se presentan en diferentes lugares del mundo y por medio de los cuales examina, verifica y da recomendaciones para su solución.

Los 35 mandatos temáticos son sobre:

- Detención arbitraria
- Venta de niños, prostitución de niños y pornografía con menores

<sup>7</sup> Is the protection and promotion of human rights of all persons and the prevention of human rights violations on the ground.

- Derecho de toda persona a gozar del mejor estado de salud física y mental
- Desaparición forzada o involuntaria
- Derecho de reunión y asociación pacíficas
- Derechos culturales
- Derecho a la educación
- Medio ambiente seguro, limpio, sano y durable
- Ejecuciones extrajudiciales y arbitrales
- Derecho a la alimentación
- Defensores de Derechos Humanos
- Formas contemporáneas de esclavitud
- Vivienda digna
- Derechos Humanos de las poblaciones autóctonas
- Independencia de los jueces y abogados
- Libertad y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión
- Libertad de religión o de culto
- Personas desplazadas en su propio país
- Utilización de mercenarios como medio para violar los Derechos Humanos
- Derechos Humanos de los migrantes
- Minorías
- Pobreza extrema y Derechos Humanos
- Formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y de intolerancia
- Personas de ascendencia africana
- Derecho al agua potable y al saneamiento ambiental
- Derechos Humanos y solidaridad internacional
- Efectos de la deuda externa y de las obligaciones financieras de los Estados sobre el pleno ejercicio de los Derechos Humanos, particularmente los sociales, económicos y culturales
- Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Promoción y protección de los Derechos Humanos en la lucha antiterrorista
- Derechos fundamentales de las víctimas de trata de personas, particularmente mujeres y niños
- Derechos Humanos y las sociedades transnacionales y otras empresas
- Incidencia sobre los Derechos Humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racional de productos y desechos peligrosos
- Discriminación hacia la mujer en la legislación y la práctica
- Promoción de la justicia, la verdad y la reparación y las garantías de no repetición
- Violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias

De esta manera, en el sistema universal se protegen los Derechos Humanos de las personas. Es imperativo aclarar que en los instrumentos del sistema onusiano se protegen exclusivamente los derechos de las personas naturales y que en los sistemas regionales como se verá *supra* la protección se extiende también a los derechos de las personas jurídicas, siendo el caso particular el sistema regional europeo en el que se ha desarrollado una sólida doctrina sobre los derechos de las personas jurídicas como medio para proteger los derechos de la colectividad humana que las componen y conforman (Murillo, 2012).



## Sistemas de protección regionales de Derechos Humanos

A nivel regional existen diferentes sistemas de protección de Derechos Humanos que guardan una relación teleológica con el sistema universal que es la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas. Es importante recordar que los Derechos Humanos son una construcción occidental que debido al proceso de descolonización que se ha producido a partir del siglo XIX se ha occidentalizado, razón por la que no en todos los continentes existen sistemas de protección regionales reconocidos por la comunidad internacional<sup>8</sup>.

Esta característica de los Derechos Humanos los hace en gran medida excluyentes, pues los conceptos que él ha desarrollado no son recepcionados de la misma forma en todas las latitudes, circunstancia fáctica que impide la aceptación de diferentes culturas en el seno de los organismos internacionales y de la comunidad internacional en general, de ahí, que no

<sup>8</sup> Así, se observa como ni Asia, ni Oceanía, ni los países Árabes por sus particularidades tienen tribunales internacionales reconocidos por la comunidad internacional para la protección de Derechos Humanos, ya que en sentido estricto, sus características culturales son tan disímiles de las occidentales y occidentalizadas que hacen incompatibles sus comportamientos con los cánones normativos occidentales respecto a los Derechos Humanos. Algo similar sucede con los pueblos indígenas que al tener una marcada identidad cultural (*ancestralidad*) tienen aspectos culturales disímiles con los tomados como normales por occidente, razón suficiente para que se presente una pugna constante entre los conceptos sobre los Derechos Humanos de aquellas poblaciones que no han sido plenamente occidentalizadas con el pensamiento desarrollado y extendido por y desde occidente.

se encuentre reconocido un sistema asiático o árabe de Derechos Humanos, pues sus connotaciones históricas, sociales, culturales y políticas hace que el concepto de derecho humano no sea plenamente recepcionado como se concibe en los territorios donde la cultura occidental se encuentra vigente.

Los sistemas regionales pueden clasificarse en dos grupos dependiendo de los órganos que los integran y de las funciones que estos cumplen, existiendo *mono sistema de protección (a)* y *sistemas duales de protección (b)*.

### Mono Sistema de Protección

#### Sistema Europeo de Derechos Humanos

El sistema regional construido en el continente europeo a través del Consejo de Europa hasta el año 1998 era un *sistema dual*, pues desde el aspecto funcional existía la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) encargada de los aspectos *cuasi-jurisdiccionales* y la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) quien bajo su responsabilidad tenía la función *jurisdiccional*.

A partir del Protocolo No. 11 de 1998<sup>9</sup> el sistema europeo de Derechos Humanos es reestructurado y se da el fenómeno de la escisión-fusión entre la Comisión EDH y la Corte EDH creándose la Gran Corte Europea de Derechos Humanos, pasando Europa de tener un *sistema dual de protección* a tener un *mono sistema*, en el cual sólo un organismo se encarga de cumplir las funciones *cuasi-jurisdiccional* y *jurisdiccional*.

<sup>9</sup> El Protocolo No. 11 entró en vigor el 1ro de noviembre de 1998 y ha sido ratificado por los 47 Estados Partes del Consejo de Europa.

Tal cual como se enunció *infra* la clasificación entre *mono* y *dual* de los sistemas de protección no se da exclusivamente por el número de órganos que lo componen sino de igual forma, por las funciones que estos en su interior cumplen, ya que si fuera por el simple número de órganos, aún el sistema europeo estaría dentro de aquellos que se denominan *duales*, en razón a que en este momento tiene dos órganos en su interior, la Corte EDH y el Comité de Ministros que se encarga de la supervisión de las sentencias de aquella. Razón suficiente por la que este sistema se deba clasificar como un *mono sistema de protección*.

El sistema del Consejo de Europa nace con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de 1950<sup>10</sup> y desde esa época se perfila como un sistema para promover, proteger y garantizar los Derechos Humanos en Europa dada la crítica y preocupante situación de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos que en dicho continente se presentaron durante la segunda guerra mundial, tomando desde su nacimiento la estructura de *sistema dual* dividiendo las funciones en dos órganos como ya se explicó *infra*.

El protocolo No. 11 adicional a la CEDH logró unificar la Comisión EDH y la Corte EDH debido a la congestión judicial que al interior del sistema se presentó en los años

<sup>10</sup> La CEDH fue finalizada el 4 de noviembre de 1950 en Roma y a pesar de ser el instrumento que permitió la creación del primer sistema regional sobre Derechos Humanos existentes, podría decirse que el primer instrumento internacional regional sobre Derechos Humanos y que a su vez habló por primera vez no sólo de derechos sino de deberes humanos fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948.

90's del siglo pasado, por medio de un sistema de Comités, Salas y Gran Sala para conocer de la admisibilidad y del fondo de los casos sometidos ante el sistema. Esta estructura tuvo su perfeccionamiento final mediante el Protocolo No. 14 de 2010<sup>11</sup>, gracias al cual se crea la figura del *juez único* para “declarar inadmisibles una demanda o eliminarla del registro de asuntos, cuando pueda adoptarse tal resolución sin tener que proceder a un examen complementario” (Consejo de Europa, 2010, art. 27-1)<sup>12</sup> En caso de necesitar dicho examen, “este juez lo remite a un Comité o a una Sala” para su estudio complementario. (Consejo de Europa, 2010, art. 27-2)<sup>13</sup>.

Así, el *mono sistema de protección* europeo funciona a través de jueces únicos, cuyo número será igual al de Estados Partes de la CEDH (47)<sup>14</sup>, Comités conformados por

<sup>11</sup> El Protocolo No. 14 se realizó y se abrió a firmas el 13 de mayo de 2004 en Estrasburgo por parte del Consejo de Europa, pero debido a que en el mismo se adoptó el principio de integridad para que este entrara en vigor se requería, de acuerdo a su artículo 19, que todos los Estados Partes de la CEDH manifestaran su consentimiento de hacer parte de él. En razón a la negativa presentada por Rusia, el Protocolo entra en vigor seis años después, el 1ro de junio de 2010, dado que el Estado ruso lo ratificó hasta el 18 de febrero de 2010.

<sup>12</sup> *Declare it inadmissible or strike it out of its list of cases, where such decision can be taken without further examination.*

<sup>13</sup> *If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to committee or to a Chamber for further examination.*

<sup>14</sup> En la actualidad en el seno del Consejo de Europa se ha sentado la discusión sobre la pertinencia de incluir como Parte de la CEDH a la Unión Europea, dado que es un sujeto de derecho internacional que debería tener responsabilidades internacionales en caso de vulnerar un derecho humano. En ese orden

3 jueces, salas integradas por 7 jueces y una Gran Sala constituida por 17 jueces, siendo el juez único, como se describió *infra* a partir del Protocolo No. 14, el primero en conocer de las demandas que ante el sistema se presenten, pasando luego al conocimiento de los Comités o Salas, para que éstos admitan o conozcan del fondo del mismo, y si es el caso, la Gran Sala conozca también del fondo de éstos.

En ese orden de ideas, el Sistema Europeo en la actualidad no cuenta con un organismo *cuasi-jurisdiccional* para adelantar la parte prejudicial de los casos que se sometan a su conocimiento, así que técnicamente se accede de forma directa al organismo jurisdiccional -la Corte EDH-, a través de una demanda que deberá llenar los requisitos procesales que exige el artículo 47 del reglamento de la Corte EDH<sup>15</sup>. Aparentemente, pareciera que el sistema es más ágil y garantista al permitir el acceso directo al organismo jurisdiccional, empero, a juzgar por su preocupante estadística de demandas represadas y rechazadas, más de 149.000 se encuentran pendientes al 31 de marzo de 2011, donde la casi totalidad de demandas,

más del 95%, serán rechazadas sin tener examen de fondo, por no cumplir con los requisitos de admisibilidad previstos en la Convención y en el Reglamento de la Corte (Conseil de l'Europe et Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2011), hace que la situación sea completamente diferente, pues se está frente a un sistema teóricamente funcional, ágil y veloz, pero que en la práctica ha sacrificado los Derechos Humanos de las personas que pretende proteger, al hacerse riguroso el acceso a través de una demanda que debe cumplir a cabalidad con fuertes requisitos formales que de no ser cumplidos llevarán al rechazo de la misma y del examen del caso.

Sin embargo, el sistema de protección europeo es particular y diferente en su especie ya que no solo protege los Derechos Humanos de los individuos sino que extiende su espectro de protección a las personas jurídicas, siendo el único sistema que consagra dentro de su campo de garantía y protección esta especie de personas, pues si se analiza el sistema universal, el interamericano y el africano, su protección solo se enfoca en los seres humanos mientras que en Europa se han preocupado por la promoción, garantía y protección de los Derechos Humanos de las personas jurídicas, ya que éstas no son otra cosa que vehículos que permiten la materialización de los Derechos Humanos de la colectividad humana que la compone<sup>16</sup>.

---

de ideas, no hay claridad del funcionamiento futuro que tendría el sistema europeo en caso de aceptarse la admisión de la Unión Europea, lo más seguro es que se deba modificar el termino de Estados Partes por el de Sujetos Partes para vincular a la Unión Europea y permitirle participar con un juez dentro de la Corte EDH.

<sup>15</sup> El reglamento vigente de la Corte EDH fue modificado y entró a regir el 1ro de septiembre de 2012. No obstante, estos requisitos formales para la presentación de la demanda ante el tribunal de Estrasburgo se han conservado en las sucesivas modificaciones y enmiendas que el reglamento ha sufrido, a saber, el 17 de junio y el 8 de julio de 2002, el 11 de diciembre de 2007 y el 22 de septiembre de 2008.

---

<sup>16</sup> Para profundizar más sobre los Derechos Humanos de las personas jurídicas en Europa, leer: Murillo Cruz, David Andrés. (2012). *La protección de los Derechos Humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeos e interamericano*. En: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tuxtla - México: Universidad Autónoma Nacional de Chiapas.

## Sistemas duales de protección

Siguiendo el hilo conductor utilizado al hablar del *mono sistema de protección*, debe entenderse que un *sistema dual* se compone de dos organismos en los que se dividen las funciones *cuasi-jurisdiccional* y *jurisdiccionales*. Razón por la que el acceso al organismo jurisdiccional no será directo ni a través de demanda con el lleno de fuertes requisitos formales, sino indirecto por medio del organismo cuasi-jurisdiccional al cual llegarán los casos ya sea por una comunicación o denuncia-petición que podrá ser individual o interestatal. Como sistemas duales reconocidos por la Comunidad Internacional se encuentra de un lado el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos (1)* y de otro, el *sistema africano de Derechos Humanos y de los pueblos (2)*.

## Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano nace conceptualmente con la Carta de la OEA<sup>17</sup> y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)<sup>18</sup>. No obs-

<sup>17</sup> La Carta de la OEA fue suscrita por los 21 Estados participantes de la IX Conferencia Internacional Americana (Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay) y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, con el depósito del instrumento de ratificación realizado por Colombia en esa misma fecha ante la Secretaría General de la OEA y con ello haberse completado el depósito de las ratificaciones de los dos tercios 2/3 de Estados signatarios.

<sup>18</sup> Este instrumento se aprobó el 2 de mayo de 1948 en el seno de la IX Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Bogotá. La importancia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se debe a dos

tante, su estructura dual se consolida con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>19</sup>, dada a través de este instrumento. Así, a partir de 1969 el Sistema Interamericano es un sistema dual de protección al contar con la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) (i)* como organismo cuasi-jurisdiccional y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (ii)* como organismo jurisdiccional.

## Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión IDH como órgano principal de la OEA nace a la vida jurídica con el artículo 106 de la Carta de la Organización Americana y se le asigna como función principal la promoción de la observancia y defensa de los Derechos Humanos y la de servir como órgano consultivo de la organización en materia de Derechos Humanos. A pesar de que el aparte segundo del propio artículo 106 de la Carta de la OEA estableció que la estructura, competencia y procedimiento de

aspectos particulares. El primero, por ser el primer instrumento internacional de Derechos Humanos y el segundo, por contemplar dentro de su contenido no solo el reconocimiento de Derechos Humanos sino también de deberes, desquebrajando la teoría de la responsabilidad vertical existente en los Derechos Humanos y dándole paso a la teoría horizontal.

<sup>19</sup> El Pacto de San José se elaboró por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969 y su entrada en vigor se produce el 18 de julio de 1978 cuando, de acuerdo con el artículo 74.2 del mismo, se depositó el onceavo instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la OEA, gracias al depósito de su instrumento de ratificación por parte del Estado de Granada.

la Comisión IDH serían establecidos por la CADH, fue en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959, que se creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos compuesta por siete (7) miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos y por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargándosele de la labor de promover el respeto de tales derechos. (Secretaría General de la OEA, 1960, p. 12).

Dado que las labores de la Comisión IDH iniciaron antes de la creación de la CADH y de la Corte IDH, puede afirmarse que inicialmente la:

“Comisión se preocupó casi exclusivamente por desarrollar un mecanismo que pudiera ser efectivo ante la inexistencia de un Estado de Derecho en varios países del Continente. De este modo, desde la creación de la Comisión y hasta el año de 1969, ésta destinó la mayor parte de sus esfuerzos y recursos al tratamiento de las violaciones masivas y sistemáticas en el Continente Americano.” (García, 2011, p. 13)

En la actualidad, la Comisión IDH cumple, *grosso modo*, sus funciones a través de inspecciones y el estudio de peticiones individuales e interestatales de acuerdo con los artículos 44 de la CADH y 18 de su Reglamento. Tratándose de inspecciones, la Comisión las hace de manera: general para estudiar la situación de los Derechos Humanos en el continente americano, respecto a lo cual emite un *informe anual*; por país, por medio de visitas *in loco*, con el fin de evaluar en el contexto estatal los niveles de protección de los Derechos Humanos, presentando por medio de *informes de país* las consideraciones

y recomendaciones que del Estado se tengan en materia de Derechos Humanos y; temáticas, sobre tópicos puntuales en materia de Derechos Humanos, verbigracia: la pena de muerte, el acceso a la justicia, personas privadas de la libertad, defensoras y defensores de DDHH, afrodescendientes, igualdad de género, participación política de la mujer, trabajo, educación y recursos de la mujer; inmigración, salud materna, justicia juvenil y terrorismo.

Respecto a las peticiones, la Comisión IDH conoce de dos tipos: *individuales* e *interestatales*, las primeras, de acuerdo con el artículo 23 de su Reglamento, pueden presentarse contra todo Estado Miembro de la OEA, empero, la Comisión al momento de hacer su estudio de admisibilidad, deberá distinguir entre aquellos que además de ser Miembros de la OEA también son Partes de la CADH, pues de ello depende que instrumentos podrá aplicar, a saber: sobre los Estados que son miembros de la OEA pero no Partes de la CADH, tan solo podrá analizar y estudiar la petición individual a través de la Carta de la OEA y la DADDH y en caso de que el Estado no acoja sus recomendaciones, no podrá demandarlo ante la Corte IDH. *A Contrario sensu*, respecto de los Estados que además de ser miembros de la OEA también son Partes de la CADH, podrá analizar las peticiones individuales que contra ellos se presenten basándose en los tres instrumentos -Carta de la OEA, DADDH y CADH-.

A diferencia de las peticiones individuales, bastante numerosas y en progresivo aumento anual<sup>20</sup>, las peticiones interestatales

<sup>20</sup> De acuerdo a las estadísticas manejadas por la Comisión IDH en sus Informes Anuales de 2010 y 2011, las peticiones individuales para el año 2010

son más exóticas al interior de la Comisión IDH, a tal punto que hasta el momento sólo se tiene conocimiento de dos, una declarada inadmisibile de Nicaragua contra Costa Rica<sup>21</sup> y otra admisible formulada por Ecuador contra Colombia<sup>22</sup>.

Dada la poca experiencia que se tiene con este tipo de peticiones, puede resaltarse que la Comisión IDH frente a la *ratione loci* ha establecido el concepto de *control efectivo global*, a través de un trasplante jurídico tomado de la jurisprudencia de la Corte EDH, afirmando que en los casos interestatales se debe precisar si hubo extraterritorialidad jurisdiccional del Estado denunciado sobre el territorio del Estado denunciante, para decretar la admisibilidad de una presunta violación de Derechos Humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos IDH, 2010, pp. 17-20)

Las peticiones interestatales están reguladas en el artículo 45 de la CADH y es precedente entre Estados que han ratificado la CADH y han aceptado la competencia de la Comisión IDH para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los Derechos Humanos establecidos en el Pacto de San José.

---

llegaron a 1598, siendo aceptadas para trámite 275 y para el año 2011 se presentaron 1658, siendo aceptadas para iniciar trámite tan solo 262.

<sup>21</sup> Para estudiar esta petición interestatal más a profundidad ver: Informe No. 11/07, Caso Interestatal 01/07, Nicaragua contra Costa Rica.

<sup>22</sup> Esta petición interestatal tuvo lugar por la violación de la soberanía territorial ecuatoriana por parte de Colombia a través de la operación militar denominada "Fénix". Al respecto se puede consultar: Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, Ecuador contra Colombia.

Es importante nuevamente precisar que la Comisión IDH tan solo focaliza su función de promoción y protección de los Derechos Humanos en las personas físicas, dado que el Sistema Interamericano ha precisado en sus instrumentos de protección estar dirigido exclusivamente a seres humanos.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como ya se explicó *infra*, la Corte IDH se creó finalmente con la CADH a pesar de estar prevista desde la Carta de la OEA, con el fin de cumplir las funciones jurisdiccionales en el Sistema Interamericano. En este marco funcional, el artículo 62.1 de la CADH ha previsto para la Corte la competencia sobre la interpretación y la aplicación de la convención.

De acuerdo a la CADH, la Corte IDH está compuesta por siete (7) jueces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, ternados y elegidos por los Estados Partes de la CADH para períodos de seis (6) años con la posibilidad de ser reelegidos por una sola vez (Arts. 52-54). La Corte tiene su sede principal en la ciudad de San José de Costa Rica, sesiona a través de periodos ordinarios y periodos extraordinarios, en caso de así requerirlo.

En términos generales, la Corte está encargada de la emisión de *opiniones consultivas* cuando los Estados Partes de la CADH o cualquiera de los organismos de la OEA se lo soliciten y de resolver los casos que a través de *demandas* le son sometidos por la Comisión IDH. Tal cual como ya se ha señalado, el carácter indirecto de este sistema hace que "las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano no [puedan] acceder directamente a la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, [siendo para ellas] necesario agotar previamente el procedimiento contencioso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. (Pelayo, 2011, p. 37)

De esta manera, la Corte IDH cumple su función jurisdiccional como administrador de justicia interamericana, recepcionando, por un lado, las demandas que le someta a su consideración la Comisión IDH contra un Estado en aras de proteger los Derechos Humanos y resolviendo, por el otro, las consultas que se le proponen sobre la interpretación de la CADH y los otros instrumentos interamericanos. No obstante, es importante resaltar que la Corte ha cumplido un papel predominante -sin restarle importancia a la labor de la Comisión como organismo cuasi-jurisdiccional- de impacto dentro del continente para solidificar el Estado de Derecho y los regímenes democráticos de gobierno. Si bien es cierto, el número de sus jueces es criticable<sup>23</sup>, la protección que a través de su desarrollo jurisprudencial ha efectuado se ha extrapolado a diferentes sistemas de protección, no siendo tan solo un tribunal receptor de teorías jurídicas provenientes de los tribunales internacionales y regionales de

Derechos Humanos, sino apropiándose de la generación de reglas jurídicas que ya se trasplantan a otras latitudes<sup>24</sup>.

Aun así, la gran labor que se cumple al interior de los organismo del Sistema Interamericano y el impacto de sus desarrollos jurisprudenciales se ven mermados al momento de reflexionar sobre la protección que se brinda, fundada en normas jurídicas escritas que en ocasiones no contemplan al ser humano en su interior o si lo contemplan lo hacen desde una visión normativa mas no humana, al punto de no protegerse Derechos Humanos por el hecho de no encontrarlos contemplados convencionalmente.

### **Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos**

El sistema de protección africano a pesar de ser el más reciente de los reconocidos por la comunidad internacional, se diferencia de sus dos antecesores, particularmente, por extender su espectro de protección a través de su instrumento principal –Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta ADHyP)- a los DESC y a los Derechos Colectivos. Sin embargo, esta particularidad excepcional del sistema africano en cierta medida es la que justifica el poco impacto del mismo, pues las obligaciones internacionales

<sup>23</sup> La critica se centra en la participación que tiene cada Estado Parte de la CADH en la Corte IDH a través de jueces, pues bien es sabido que éstos no representan dentro del organismo jurisdiccional los intereses de un Estado en particular, pero si se tomara el ejemplo Europeo de tener un número de jueces igual al número de Estados Partes, podrían cumplir una labor importante de contextualización de la situación jurídica de su Estado al momento de llegar un caso al interior de la Corte y plantear medidas adecuadas a éstas para resolver la vulneración de Derechos Humanos, particularmente, aquellas que se presentan en forma masiva y sistemática.

<sup>24</sup> Podría citarse el caso particular de la jurisprudencia y las reglas innovadoras que ha planteado la Corte IDH respecto de las comunidades indígenas, la propiedad colectiva para las mismas y el desarrollo del concepto de ancestralidad como garante de la diversidad étnica. Para conocer más al respecto leer: López, Melissa. (2011). *La démarche interculturelle d'élaboration de la jurisprudence: outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l'homme. Le cas du système interamericaine de protection des droits de l'homme*. Paris: Institut de recherche et débat sur la gouvernance.

que asumieron los Estados africanos fueron muy grandes y complejas de cumplir, sobretodo, si se toma en cuenta que se está hablando de un continente con una grave situación económica y de desarrollo, visto desde los conceptos occidentales.

El sistema africano al igual que el interamericano se clasifica como dual al dividir las funciones *cuasi-jurisdiccional* y *jurisdiccional* en organismo diferentes, a saber, la *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (Comisión ADHyP) (i) con sede en Banjul – Gambia y la *Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos* (Corte AJyDH) (ii) con sede en Arusha – Tanzania.

### **Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

La Comisión ADHyP es el único órgano creado por la Carta ADHyP, dado que la Corte ADHyP se creó mediante el Protocolo adicional a la Carta africana. A la Comisión le fue encomendado, por medio del artículo 30 de la Carta de Nairobi, la función de promover los Derechos Humanos y de los pueblos y de asegurar su protección en África. Técnicamente la Comisión entró a funcionar el mismo día en que entró en vigor la Carta africana -21 de octubre de 1986-, pero inició sus actividades en 1987, cuando celebró su primera sesión ordinaria en Addis Ababa – Etiopía.

*Grosso modo* estas dos funciones las cumple la Comisión por medio de: actividades de formación y capacitación en Derechos Humanos -en colaboración de ONG-, recepción de *comunicaciones interestatales* y *comunicaciones individuales* y emisión de *opiniones consultivas* sobre la interpretación del contenido de la Carta ADHyP, requeridas por cualquier Estado Parte, órgano de

la Unión Africana y cualquier organización africana legalmente reconocida por ésta.

De acuerdo a los artículos 31 a 36 de la Carta, la Comisión ADHyP se compone de once comisionados electos para períodos de seis años con la posibilidad de ser reelegidos por una vez, de listas compuestas por dos candidatos que presentan los Estados Partes, con dos limitaciones: la primera, que los Estados Partes cuando presenten dos candidatos, uno de los dos no debe ser nacional del mismo y, la segunda, que la Comisión no puede estar compuesta por más de un comisionado de la misma nacionalidad. La elección de los comisionados será por escrutinio secreto realizado por la Conferencia de Jefes de Estado y Gobierno.

Ahora bien, la Comisión ADHyP como organismo *cuasi-jurisdiccional* se encarga, al igual que su homóloga interamericana, de darle admisibilidad a las comunicaciones *-interestatales* o *individuales-* que se presenten a su conocimiento y de ellas emitir informes confidenciales con recomendaciones para los Estados, los cuales podrán hacerse públicos si así lo decide la Asamblea General de la Unión Africana. Empero, como *infra* se citó, también tiene a su cargo interpretar la Carta ADHyP emitiendo *opiniones consultivas*, función que de hecho es propia de los organismos jurisdiccionales. Lo anterior tiene una explicación, y es que el sistema africano de Derechos Humanos inicialmente no contemplaba tener un organismo jurisdiccional, razón por la cual la misma Carta ADHyP le confiere esta función de raigambre jurisdiccional a la Comisión como organismo *cuasi-jurisdiccional*.

Igualmente, tiene la función de revisar los informes periódicos que cada dos años deben presentar los Estados Partes de acuerdo al



artículo 62 de la Carta africana, aunque en su tenor literal el artículo 45 de la misma Carta ADHyP no le asigna dicha función a la Comisión.

Por esta razón y “para colmar la laguna, haciendo una interpretación conjunta de los artículos 45 y 46 de la Carta, la Comisión tuvo que recomendar a la Asamblea General de la entonces Organización de la Unidad Africana [hoy Unión Africana] que la facultara para escribir y analizar los informes” (Saavedra, 2008, p. 698)

Finalmente, la función cuasi-jurisdiccional de la Comisión fue completada con el Protocolo adicional a la Carta ADHyP y la creación de la Corte ADHyP como el *organismo jurisdiccional* del sistema tal cual como lo son la Corte EDH y la Corte IDH en Europa y América, respectivamente.

### **Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos**

La Corte AJyDH como se ha dicho, no fue creada con la Carta africana sino posteriormente con el Protocolo adicional a la misma del año 2008. No obstante, es importante aclarar que esta nueva corte es el resultado de una escisión-fusión entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con la Corte de Justicia de la Unión Africana que existían independientemente la una de la otra ya que tenían funciones diferentes, a saber, la primera se enfocaba en el análisis y estudio de casos sobre Derechos Humanos mientras que la segunda, centraba su atención en la solución de asuntos de derecho internacional, particularmente, derecho internacional público.

Los artículos 3 a 8 del Protocolo del 1 julio de 2008 establece que la Corte AJyDH

estará compuesta por dieciséis jueces. La elección se fundamenta en que cada Estado Parte del mismo, podrá presentar una lista de dos aspirantes velándose porque exista una representación adecuada de los dos sexos. De los aspirantes presentados por los Estados Partes se crearán dos listas (A y B), ubicándose en la primera aquellas aspirantes que tengan conocimientos amplios en derecho internacional y en la segunda, aquellos que tengan grandes conocimientos en derecho internacional de los Derechos Humanos, siendo elegidos ocho (8) aspirantes de la lista A y ocho de la lista B, con el fin de mantener un equilibrio en el conocimiento de las materias a tratar al interior de la Corte AJyDH. Los jueces serán elegidos para periodos de seis (6) años, con la posibilidad de ser reelectos una sola vez.

Con base en el artículo 28 del Protocolo, la Corte tiene la competencia general para conocer de todos los casos y todas las diferencias que le sean sometidas concernientes a:

La interpretación y aplicación del Acta constitutiva de la Unión Africana; la interpretación y aplicación o la validez de otros de la Unión Africana y de todos los instrumentos jurídicos derivados que hayan sido adoptados en el marco de la Unión Africana o la Organización de la Unidad Africana; la interpretación de la Carta ADHyP, de la Carta Africana de los derechos de bienestar del niño, del Protocolo a la Carta ADHyP relativo a los derechos de la mujer o de todo otro instrumentos jurídico relativo a los Derechos Humanos, a los que son parte los Estados concernientes; todo asunto de derecho internacional; todos los actos, decisiones, reglamentos y directivas de los órganos de la Unión Africana; todos los asuntos previstos en todo otro acuerdo

que los Estados Partes pudieran concluir entre ellos, o con la Unión Africana y que le de competencia contenciosa a la Corte AJyDH; la existencia de todo hecho que, si se establece, constituiría la violación de una obligación hacia un Estado Parte o hacia la Unión Africana; la naturaleza o la extensión de la reparación debida por el incumplimiento de una obligación internacional.

De acuerdo al artículo 29 del Protocolo, a la Corte AJyDH podrían acudir con el fin de resolver todo asunto descrito en el artículo 28 las siguientes:

- a) Los Estados Partes al presente Protocolo;
- b) La Conferencia, El parlamento y los otros Organismo de la Unión Africana autorizados por la Conferencia;
- c) Un miembro del personal de la Unión Africana, bajo recurso, en un litigio y en los límites y condiciones definidos en el Estatuto y el Reglamentos del Personal de la Unión Africana.

Por esta razón, la Corte AJyDH no está abierta a los Estados no miembros de la Unión Africana. Ella no tiene competencia para conocer de diferencia que impliquen a un Estado miembro no parte del presente Estatuto.

El artículo 30 del Protocolo de 2008 establece también que las siguientes entidades tienen igualmente la calidad para llevar al conocimiento de la Corte AJyDH toda violación de un derecho garantizado por la Carta ADHyP, por la Carta Africana de los derechos de bienestar del niño, el Protocolo a la Carta ADHyP relativo a los derechos de la mujer en África o de todo otro instrumentos jurídico relativo a los Derechos Humanos, a los que son parte los Estados concernientes:

- Los Estados Partes al presente Protocolo;
- La Comisión ADHyP;
- El Comité Africano de expertos sobre los derechos de bienestar del niño;
- Los organismos intergubernamentales africanos acreditados por la Unión Africana o por sus órganos;
- Las instituciones nacionales de Derechos Humanos;
- Las personas físicas y las organizaciones no gubernamentales acreditadas por la Unión Africana o por sus órganos o instituciones, bajo la reserva de las disposiciones del artículo 8 del Protocolo.

Al igual que sus homólogos organismos jurisdiccionales regionales, la Corte AJyDH tiene la competencia para resolver los casos contenciosos que le sean sometidos a juzgamiento y la emisión de opiniones consultivas. Respecto a los casos contenciosos, es necesario precisar, que de acuerdo al artículo 5.1 del Protocolo de 1998, tienen capacidad para acudir ante la Corte: la Comisión, el Estado Parte que acudió a la Comisión, el Estado Parte contra el cual se presentó una comunicación, el Estado Parte de donde es nacional la víctima por violación de Derechos Humanos y los organismos intergubernamentales africanos. Adicionalmente, según el artículo 5.3 del mismo Protocolo, la Corte puede permitirle a los individuos al igual que a las ONG que estén dotadas del estatus de observador frente a la Comisión ADHyP, introducir demandas directamente ante ella, siempre que así lo haya autorizado el Estado Parte del Protocolo al momento de su ratificación con forme lo prescribe su artículo 34.6.

En lo anterior, se encuentra una gran diferencia con el Sistema Interamericano, toda

vez que existe en el sistema africano la posibilidad de que individuos y ONG formulen demandas directamente a la Corte ADHyP, bajo la condición de tener el estatus de observador frente a la Comisión ADHyP y de que el Estado Parte haya aceptado esta competencia al momento de ratificar el protocolo.

Sobre las opiniones consultivas, también el sistema africano muestra una gran diferencia con el Sistema Interamericano, pues la Carta ADHyP directamente le concede, como se vio *infra*, la facultad de emitir estas opiniones a la Comisión ADHyP, mientras que por su parte, el Protocolo de 1998 también le asignó la facultad de emitir opiniones consultivas a la Corte ADHyP. No obstante, haciendo una interpretación armónica del artículo 45.3 de la Carta africana y del artículo 4 de su Protocolo adicional, podría concluirse que todo Estado miembro de la Unión Africana, la Unión Africana, todo órgano de la Unión Africana u organización reconocida por la Unión Africana pueden solicitar una opinión consultiva a la Corte ADHyP concerniente a la Carta africana o a todo instrumento relativo a los Derechos Humanos, siempre que en la Comisión no se encuentre pendiente una petición por el mismo objeto.

De esta manera, y con ciertas particularidades, la Corte AJyDH cumple la función jurisdiccional al interior del sistema africano de Derechos Humanos, empero, es necesario aclarar que la unificación de la Corte de Justicia de la Unión Africana con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido fuertemente controvertida, particularmente, se considera que fue un yerro para el sistema africano subsumir la Corte ADHyP dentro de la Corte de Justicia de la Unión Africana, pues a pesar de que se haya dicho que se han conservado sus facultades, jurisdicción,

competencia y toda su estructura, es difícil pensar que guardará la misma independencia y autonomía al momento de tomar y resolver los casos que se le sometan a su consideración, ya que la antigua Corte ADHyP terminó siendo una de las dos Secciones al interior de la nueva Corte AJyDH. Será cuestión entonces de esperar cuál sea el actuar de este nuevo tribunal al interior del sistema africano de Derechos Humanos y de los pueblos, para luego concluir si esta reforma fue benéfica o nociva.

### **El rol del Ser Humano en el Sistema Jurídico**

El ser humano a pesar de ser el punto arquimédico de los estudios antropológicos y jurídicos, ha perdido con el nacimiento del Estado-soberano y su capacidad normativa –en la modernidad–, el rol que tiene en el sistema jurídico, situación que obliga estudiar los sistemas jurídicos nacionales (A) para identificar las falencias de la estructura escalonada del orden jurídico, con el fin de plantear una nueva concepción del ser humano por intermedio de un derecho internacional humanizado (B).

### **Los sistemas jurídicos nacionales y el ser humano**

Como se ha podido observar en la breve descripción que se ha realizado *infra* sobre los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, la creación de los mismos se ha dado irónicamente para proteger los derechos de los seres humanos y en uno solo, el europeo, los derechos de las personas jurídicas como vehículo para la realización de los derechos de éstos, de las vulneraciones que los Estados realizan contra los mismos por medio de sus autoridades públicas.

Esto es irónico al examinar la teleología de los Estados como entes cuyo propósito se enmarca en la protección de los Derechos Humanos, ya que el Estado, en tanto soberano, se obligó con los asociados a proteger y garantizar su persona y bienes, esto es, sus derechos y propiedades. (Rousseau, 1943, p.15). En otras palabras si se quiere, el Estado se obligó a la protección efectiva de los derechos de sus administrados a través de *la finalidad estatal de protección de los Derechos Humanos (a)* solidificada por medio de la *pirámide normativa (b)* creada por el círculo jurídico de Viena.

### **La finalidad esencial estatal de protección de los Derechos Humanos**

Esta finalidad esencial se entiende también como obligación estatal que para ser materializada se ha traducido en una facultad normativa, en razón de que el Estado como ente soberano y autónomo, protestatario del monopolio del ejercicio del poder coactivo, de la creación de mecanismos de elaboración y aplicación de la ley y de la formalización de las relaciones de los Estados a través de la diplomacia (Saldivia, 2010, pp.21-22), dio lugar a una concepción de soberanía nacional fundada en normas jurídicas, gracias a las cuales se concretaba la finalidad esencial de protección de los Derechos Humanos.

Esta finalidad esencial, en el caso particular colombiano, se ve reflejada en el artículo 2º de la Constitución Política de 1991, al consagrarse en su último inciso que: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, integrándose así al derecho colombiano el postulado de Rousseau.

Pero la fórmula que adoptó Colombia al interior de su ordenamiento no es única, por el contrario, es una fórmula repetitiva que se integra en la casi totalidad de ordenamientos jurídicos de occidente.

Alemania por ejemplo, ha tomado la misma fórmula en el artículo 1º de la Constitución de la República Federal Alemana de 1949:

- 1) La dignidad del ser humano es intangible. Todos los poderes públicos tienen la obligación de respetarla y protegerla. 2) En consecuencia, el pueblo alemán reconoce al ser humano derechos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3) Los derechos fundamentales enunciados anteriormente obligan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable<sup>25</sup>.

El mismo postulado utiliza la Constitución Española de 1978 en su preámbulo al prescribir que:

La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

- Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social justo.
- Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular.

<sup>25</sup> Article 1: To respect and protect it is the duty of all state authority. (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world. (3) The following basic rights bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law.

- Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos Humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.
- Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.
- Establecer una sociedad democrática avanzada, y
- Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”.

Finalidad que se consagra nuevamente en el primer apartado del artículo constitucional 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La Federación de Rusia también integra en su Constitución Federal de 1993 el mismo postulado en su artículo 2º: “el hombre, sus derechos y libertades, constituyen el valor supremo. El reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano son una obligación del Estado”<sup>26</sup>.

Por su parte, Francia hace suyo el postulado de Rousseau en el preámbulo de su Constitución de 1958, al establecer que: “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos Humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo

de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004”<sup>27</sup>. La parte inicial del preámbulo de la Constitución de la IV República Francesa consagra que:

Tras la victoria de los pueblos libres sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que cualquier ser humano, sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República<sup>28</sup>.

Una fórmula similar utiliza la Constitución de Grecia de 1975 en su artículo 2º: “1) El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Article 2: Man, his rights and freedoms are the supreme value. The recognition, observance and protection of the rights and freedoms of man and citizen shall be the obligation of the State.

<sup>27</sup> Préambule: Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004.

<sup>28</sup> Préambule: Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

<sup>29</sup> Article 2: 1. Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligations of the State.

Lo propio hace México en el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución Federal Mexicana de 1917 al estipular que:

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley”.

Con los anteriores ejemplos, puede verse como los Estados han integrado a sus ordenamientos jurídicos los postulados de Rousseau sobre la finalidad esencial estatal de garantizar los Derechos Humanos a través de la facultad normativa de los Estados, completada por el círculo jurídico de Viena con la creación de su pirámide normativa y extrapolada al derecho internacional *vía* doctrina voluntarista de los Estados.

### La pirámide normativa del “Círculo jurídico de Viena”

Es de capital importancia antes de hacer cualquier referencia al concepto de pirámide normativa, hablar del círculo de Viena y por supuesto, al rico contexto cultural e histórico en el que este fenómeno se forjó y que fue tan propicio para que Hans Kelsen desarrollara su *teoría pura del derecho*.

El siglo XX le dejó grandes aportes a la ciencia y al desarrollo científico europeo, no pudiéndose escapar de estos lo jurídico. Si bien el desarrollo de la ciencia se produce durante este siglo en toda Europa, en Austria se origina un impulso hacia considerar el derecho como algo lógico, esto es, “transformar

el objeto de estudio de la ciencia jurídica en un objeto lógico y a la ciencia que lo estudia, obviamente en una disciplina formal” (Cofré, 1995, p. 19)

Hans Kelsen y su círculo de estudio en esta época eran poseídos por una fuerte preocupación sobre el derecho y la influencia que en él tenían otras ciencias que lo nutrían de elementos completamente extraños a lo jurídico, haciéndolo algo impuro pero a la vez, inadecuado para la solución de problemas estrictamente jurídicos. De ahí, que la doctrina del derecho de Kelsen “al caracterizarse como una doctrina” pura “con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico” (Kelsen, 2005, p.15)

Alrededor de las posturas y tendencias de purificación de Kelsen y su grupo de estudio se tejen fuertes interrogantes sobre la estrecha relación que existe entre éstos y el desarrollo filosófico del círculo de Viena, conocido éste como un movimiento que distinguía el lenguaje natural del lenguaje lógico, entendido el segundo como un lenguaje purificado, formal, inspirado tanto en las matemáticas como en la física, que debía obedecer a principios y reglas lógicas precisas. (Cardoso, 2002, p. 6)

La relación existente entre la idea de purificar el derecho y el desarrollo científico del círculo de Viena a través del lenguaje lógico se ve más concreta con el apareamiento de una teoría pura del derecho fundamentada a su vez, en *la teoría de la estructura escalonada del orden jurídico* propuesta por Adolf Merkl<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> En realidad, gran parte del fundamento teórico en el que se basa la teoría pura del derecho se encuentra

De acuerdo a la estructura escalonada del orden jurídico, analizada desde la condicionalidad jurídica de las normas se tiene que:

“En el marco de un orden jurídico positivo, se pueden encontrar con frecuencia disposiciones que regulan la elaboración de otras disposiciones; si profundizamos un poco más, se puede detectar una estructura jerárquica: están, por una parte, las reglas de la producción jurídica y, por otra, las regulaciones elaboradas sobre esta base. En el orden jurídico, se encuentran normalmente numerosos escalones, existen disposiciones que determinan la elaboración de regulaciones generales; así como disposiciones que decretan cómo se deben elaborar determinadas regulaciones individuales, y de esta forma se evidencian otras muchas diferenciaciones” (Mayer, 2005, p.262)

*Grosso modo*, la teoría escalonada de la estructura del orden jurídico permite consolidar la pirámide normativa de la teoría pura del derecho, cuya importancia radica en que los sistemas jurídicos deben ser analizados desde un orden jerárquico por medio del cual se pueden identificar las normas superiores de las inferiores a través de la condicionalidad jurídica de las mismas. Empero, la crítica que se le hace a la pirámide normativa está en el hecho de partir de los Estados y su capacidad normativa, para luego centrarse en el valor de las normas, dejándose por fuera de ellas,

---

en los aportes que Adolf Merkl realizó durante su paso por la escuela o el círculo jurídico de Viena, lastimosamente estos aportes no se le reconocen a Merkl sino que se agrupan a todo el desarrollo generado en la obra colectiva que direccionó Hans Kelsen. Para conocer más al respecto, puede consultarse: Kucsko-Stadlmayer, Gabriele. (2005). *La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*. México: Revista jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM, No. 244.

la contemplación del ser humano y la protección de sus derechos como finalidad esencial de los Estados.

Esta capital exclusión ha llevado a una creación normativa muy elaborada al interior de los Estados no pocas veces contraria a los intereses de los seres humanos y a la garantía de sus derechos. Esto explica el por qué muchas normas estatales son contrarias a los Derechos Humanos pero validas dentro del ordenamiento jurídico interno al respetar el orden jurídico escalonado y la condicionalidad jurídica de la norma inferior con la norma superior de la pirámide normativa.

En palabras un poco más simples, si bien la pirámide normativa de la teoría del derecho generó una gran revolución dentro de la teoría jurídica, omitió el rol primordial que tiene el ser humano y la protección de sus derechos dentro de los sistemas normativos; omisión que no se quedó exclusivamente dentro de los ordenamientos jurídicos internos sino que se extrapoló por medio de la facultad normativa de los Estados -vía doctrina voluntarista- al contexto internacional, generándose fenómenos de codificación que también desconocen al ser humano y a sus derechos. A tal punto, que en la contemporaneidad se ha hecho necesario replantear la pirámide normativa por medio de un nuevo derecho internacional humanizado que resalte el papel del ser humano como cúspide del sistema jurídico y se le garantice una verdadera y eficiente protección internacional.

### **El derecho internacional humanizado y su concepción del ser humano**

La propuesta de un nuevo concepto de derecho internacional que tome verdaderamente en cuenta al ser humano y sus intereses, debe

estudiarse inicialmente desde la *transición del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo (a)* para comprender cómo históricamente se han minimizado los intereses estatales dándole paso a los intereses de la humanidad, para luego fijar los elementos determinantes de *la consolidación de un nuevo derecho internacional "humanizado" en pro del ser humano (b)*.

### **La transición del Derecho Internacional clásico al derecho internacional contemporáneo**

El derecho internacional en sus manifestaciones históricas ha demostrado tener falencias y contratiempos al momento de lograr un orden justo internacional. Sin embargo, se puede decir que el derecho internacional ha tratado de manera dinámica de corregir estas desavenencias a través de una evolución de inclusión, es decir, haciendo partícipes a los *nuevos Estados* y aquéllos que a pesar de no ser nuevos, de haber logrado su proceso de independencia desde ya hace varios lustros, no son considerados tampoco como Estados potencia.

La evolución de inclusión es más notoria al analizar la transición del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo, pues el primero tenía una relación muy íntima con el concepto de Estado soberano y su capacidad reguladora de las relaciones sociales a través de normas y de una libertad de configuración legislativa absoluta, desconociéndose permanentemente en esta actividad los intereses de los seres humanos y de paso los de la humanidad. Mientras que en el segundo, comienzan a interactuar los intereses no solo de los *Estados potencia* sino de los *nuevos Estados* y

los *Estados no potencia* a través de la creación del "tratado multilateral con un propósito enteramente nuevo: el de la defensa de los intereses de la humanidad". (Reuter, 1999, p.14)

Gracias a este proceso de transición entre el derecho internacional clásico y el derecho internacional contemporáneo nace el derecho internacional de los Derechos Humanos, que en un inicio se entendía pertenecer al derecho internacional público al compartir:

"En gran medida sus principios y reglas de interpretación. Empero, constatadas las difíciles situaciones sociales que se dieron en el siglo pasado y que continúan en el actual, el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha especializado de tal forma que el derecho internacional público suele mostrarse incompetente para regularlo. Principios tales como el pro homine y mecanismos como el control de convencionalidad hacen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos un Derecho Independiente y superior al internacional público" (Murillo Cruz, 2011, p. 90).

Así, al derecho internacional, visto no desde la óptica clásica sino desde la contemporánea, se le ha asignado:

"... una nueva función y un nuevo contenido: promover el desarrollo integral, y no sólo económico, de los países del Tercer Mundo. Función que sirve en último análisis a la causa de la paz mundial, porque las desigualdades injustas son fuentes de tensiones y controversias entre los Estados. Y es que la paz auténtica tiene un significado más profundo que el puramente negativo de la ausencia de guerra. La paz auténtica tiene un sentido positivo y dinámico que postula el respeto de los derechos del hombre y de los pueblos" (Pastor, 2011, p. 11).



No obstante, este dinamismo y esta transición conceptual dada por el derecho internacional, sigue en él en cierta medida primando la doctrina voluntarista de los Estados, a tal punto que si éstos no quieren obligarse internacionalmente en el respeto de los Derechos Humanos es muy difícil hacer que respeten al ser humano y sus derechos en la práctica, sobretodo los de los pueblos que no se ubican dentro del Primer o Segundo Mundo.

A pesar de que los *nuevos Estados y Estados no potencia* con su participación han logrado que:

“... la arquitectura del orden internacional tradicional [empezara] a verse afectada, en unos cuantos años, por la presencia de cerca de 100 nuevos Estados en la comunidad internacional organizada –o sea, en términos generales, el Tercer Mundo– y por las oportunidades para el debate en los órganos de las Naciones Unidas. Las potencias medianas tomaron conciencia inmediatamente de su peso en las relaciones internacionales, de sus posibilidades para enriquecer el derecho internacional existente con la llamada diplomacia parlamentaria en la Asamblea General de las Naciones Unidas y de que su asociación natural con los pequeños Estados contrarrestaría las posturas hegemónicas de las grandes potencias, que se vieron obligadas entonces a revisar sus políticas” (Sepúlveda, 1997, p. 21)

Se tiene que las críticas hacia el derecho internacional son persistentes y cada vez más fuertes.

La gran sujeción y dependencia del derecho internacional a la voluntad estatal, es precisamente, aquello que lo ha hecho acreedor de múltiples críticas respecto a su funcionalidad y pertinencia para resolver en

la contemporaneidad los problemas de la sociedad internacional, al extremo de plantearse la creación de un nuevo derecho ya no internacional sino global, que logre una justicia en los asuntos que afecten a la humanidad.

A pesar del planteamiento de crear un nuevo derecho, un derecho global, para solucionar los problemas que de una u otra forma se le han escapado al derecho internacional y que lo han mostrado como inadecuado para los mismos, se cree también que no es necesario llegar a tal extremo, ya que el derecho internacional a través de una nueva concepción –humanizada– podría plenamente estar a la altura de los conflictos que presenta en la contemporaneidad la sociedad internacional y ajustar su normatividad en pro del ser humano.

### **La consolidación de un nuevo Derecho Internacional “humanizado” en pro del ser humano**

Para esta sección es importante advertir que se tomarán los postulados del derecho global no con el propósito de infirmarlo sino con aquel de resaltar su importancia para el nuevo concepto de derecho internacional humanizado. En primera medida entonces, es relevante decir que para los doctrinantes del derecho global, este:

“Se diferencia del derecho internacional moderno, basado principalmente en el pensamiento de Kant (*Statenrecht*) y de Bentham (*Internacional law*), en que supera la idea de territorio soberano, es decir, de Estado. La mayoría de los habitantes de la tierra viven constreñidos por esta realidad política, que ha quedado a todas luces obsoleta, Ornado con diferentes atuendos, que han servido para moderar su pretendida omnipotencia

–estado nacional, liberal, federal, social, de derecho, democrático y un largo etcétera-, esta unidad política soberana, territorial y éticamente coactiva, agoniza irremisiblemente en los albores del tercer milenio” (Domingo, 2006, p. 26)

Sumado a lo anterior, también se piensa que el derecho internacional está en crisis y que ésta ya no tiene reverso, pues la globalización ha desdibujado la fría pretensión del monismo jurídico de remplazar progresivamente el derecho nacional por el derecho internacional.

Se insiste en que:

“La crisis conceptual del Derecho internacional deriva de su pretensión de ordenar la globalización sin alterar los principios que lo informan, fundados en una estructura obsoleta y en una doctrina trasnochada, inaceptable para una sociedad de vocación universal y solidaria. Las vestes del Derecho internacional se han quedado viejas, apolladas e inservibles para una sociedad global” (Domingo, 2009a, pp.112-113)

Esta postura del derecho global es de hecho compartida por aquellos que piensan que el derecho internacional debe superar su crisis –y en cierta medida lo ha logrado a través del *ius cogens*– apartándose de la doctrina voluntarista de los Estados y concentrándose más en aquello que no está determinado por la voluntad Estatal, es el caso del control de convencionalidad, para citar un ejemplo, ejercido por la Corte IDH, al ordenarle a los Estados Partes –por encima de su “voluntad soberana”- la modificación de sus ordenamientos jurídicos internos<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Para ver el desarrollo que sobre el control de convencionalidad se ha hecho en el Sistema Interamericano se pueden consultar las siguientes

Ahora bien, tal como se ha descrito *infra* el derecho global también parte del error de la pirámide normativa pues considera que:

“El error de Kelsen fue colocar al Estado –para él una personificación del orden jurídico- y no a la persona humanos como tal, en el centro de todo sistema jurídico normativo. De ahí su incapacidad para encontrar un anclaje firme en su tan elaborada como débil teoría de la *Grundnorm*. Kelsen erró al personificar la norma en el Estado y normativizar en exceso a la persona” (Domingo, 2009b, p. 31)

Si esto es así y la crisis conceptual del derecho internacional es evidente por el

---

sentencias: CORTE IDH: Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 162, 29 de noviembre de 2006, § 173; Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 169, 20 de noviembre de 2007, § 78; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 209, 23 de noviembre de 2009, § 339; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs Paraguay. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 214, 24 de agosto de 2010, § 311; Caso Fernández Ortega y otros vs México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 215, 30 de agosto de 2010, § 236; Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 216, 31 de agosto de 2010, § 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 217, 1 de septiembre de 2010, § 202; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 219, 24 de noviembre de 2010, § 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C n° 220, 26 de noviembre de 2010, § 225 y Caso Gelman vs Uruguay. Sentencia de fondo y reparaciones. Serie C n° 221, 24 de febrero de 2011, § 193.

hecho de partir de la doctrina voluntarista, es necesario que este sea re-conceptualizado y se consolide un derecho internacional que tome en cuenta a la humanidad –derecho internacional humanizado– y al ser humano como elementos primordiales del sistema jurídico. Empero, dicha empresa no podrá tener futuro si no se cambia el concepto de pirámide normativa por el de una pirámide humanizada y se restablezcan las estructuras en que aquella se funda.

Lo anterior apunta a que el derecho internacional humanizado debe partir de un aislamiento de la doctrina voluntarista de los Estados y una inmersión profunda en la doctrina anti-voluntarista haciendo primar el *ius cogens* dentro de la comunidad internacional, fracturando el concepto clásico de soberanía de los Estados y quebrantando los límites territoriales de la regulación normativa de estos, para remplazar a los Estados como base de la pirámide normativa por la humanidad e incluir al ser humano dentro de ella como su cúspide.

En esta nueva pirámide humanizada del derecho, el ser humano:

(...) “ha de constituir el centro del Derecho, en cualquiera de sus dimensiones. En tanto ser racional y libre, la persona humana es la protagonista del Derecho, el sujeto de derecho por excelencia. ‘Todo Derecho ha sido constituido por causa de los hombres’, señaló ya el jurista Hermogeniano, *magister libellum* del Diocleciano, recogiendo completamente la tradición del Derecho romano clásico. Por eso, se puede afirmar, sin ningún atisbo de duda, que el Derecho procede de la persona. He aquí la regla de oro del Derecho, y también del Derecho global: *ex persona ius oritur*. No del Estado, construcción teórica creada para servir al

hombre, aunque, en ocasiones, lo hayan instrumentalizado. Las personas son, pues auténticas “nomóforas”, esto es, portadoras del Derecho, con independencia del espacio y el lugar donde se encuentren” (Domingo, 2009b, p. 37).

Así, se tendría que con la pirámide humanizada el ser humano no sería un paralelo omnipotente de la regulación jurídica como lo es al interior de la pirámide normativa, transformándolo en sujeto determinante del sistema jurídico y enalteciendo la finalidad de los mismos: la protección de los derechos del ser humano.

Esta pirámide humanizada sería entonces el fundamento ontológico del derecho internacional humanizado y del rol del ser humano dentro de los sistemas de protección internacional. Pero además, sería la base fundante de un nuevo concepto de *Estado outil* de la humanidad a través del derecho, ya no para proteger los derechos exclusivamente de sus administrados sino los de toda la humanidad, debido a que sus normas tendrían ahora el papel instrumental de proteger a la humanidad y al ser humano en todo su esplendor.

En ese orden de ideas, la pirámide humanizada pondría de base a la humanidad y de cúspide al ser humano –tal como se propone desde el derecho global–, como razón de ser del derecho y de los sistemas jurídicos, pero vincularía como punto centro la pirámide normativa haciéndola una herramienta jurídica para garantizar la protección de la humanidad y del ser humano desde el orden nacional como en el internacional.

Esta propuesta, no pretende desconocer ni infirmar los planteamientos y desarrollos propuestos por y desde el derecho global, tan

solo busca armonizar las posturas de éste con las del internacional contemporáneo para superar la crisis que el derecho internacional padece y que debe ser resuelta en aras de proteger a la humanidad y la razón de ser de lo jurídico, el ser humano, evitando de paso, la extinción del derecho que regula en la actualidad las relaciones de la sociedad internacional.

### Lista de referencias

- Barraondo López, M. (2004). *Los Derechos Humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. San Sebastián, España: Alberdania.
- Cardoso, S. A. (2002). *Positivismo jurídico: o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen*. Sergipe: Escola Superior da Magistratura de Sergipe.
- Cofré, J. (diciembre de 1995). Kelsen, el formalismo y el “círculo de Viena”. *Revista de derecho Valdivia*, VI.
- Cofré, J. O. (s.f.). de, C. d. (2011). *Guide pratique sur la recevabilité*.
- Domingo, R. (2006). ¿Por qué un derecho global? En *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización*. Navarra: Arazandi.
- Domingo, R. (2009a). *El derecho global*. Bogotá: Dike.
- Domingo, R. (2009b). La pirámide del derecho global. *Revista Persona y Derecho* (60).
- Europe, C. o. (2010). *Conventions Council of Europe*. Obtenido de Protocole No. 14. : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>
- García Echavarría, A. B. (2011). *El procedimiento ante la comisión interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.
- IDH, C. (2010). *Admisibilidad de petición interestatal PI-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador-Colombia*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- L’Homme, C. d. (2011). *Guide pratique sur la recevabilité*. Strasbourg: Cour Européenne des Droits de l’Homme.
- Mayer, H. (2005). Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico. *Revista jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM*(244).
- Murillo Cruz, D. A. (2011). *Las implicaciones actuales del concepto de soberanía en el derecho internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.
- OEA, S. G. (1960). *Acta final de la quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores*. Obtenido de OAS: <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>
- Pastor Ridruejo, J. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Technos.
- Pelayo Moller, C. M. (2011). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.
- Reuter, P. (1999). *Introducción al derecho de los tratados*. México: Fondo de cultura económica.
- Rousseau, J.-J. (1943). *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris: Aubier.

Saavedra Álvarez, Y. (2008). *El sistema africano de Derechos Humanos y de los pueblos prolegómenos*. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VIII.

Saldivia, L. (2010). El derecho y la soberanía en la globalización. En *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Sepúlveda, C. (1997). *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.

### Normas Jurídicas

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Carta de la Organización de Estados Americano.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Constitución Española de 1978.

Constitución de la República Federal Alemana de 1949.

Constitución de la República Francesa de 1946.

Constitución de la República Francesa de 1958.

Constitución Federal de México de 1917.

Constitución Federal de Rusia de 1993.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Council of Europe. 1998. *Protocole No. 11*. Recuperado de: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>

Council of Europe. 2010. *Protocole No. 14*. Recuperado de: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>

Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Secretaria General de la OEA. (1960). Acta final de la quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores. Recuperado de: <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>

### Fallos judiciales

Comisión IDH. (2007). *Inadmisibilidad de petición interestatal PI-01, Nicaragua-Costa Rica*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión IDH. (2010). *Admisibilidad de petición interestatal PI-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador-Colombia*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.