

## The Construction of a Humanized International Law

Antônio A. Cançado Trindade. Prefacio de Dean Spielmann e Introducción General de Andrew Drzemezewski. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. 1.876 páginas.

### La Obra:

Bajo el título *The Construction of a Humanized International Law*, la serie titulada “The Judges”, de Brill Nijhoff, ha publicado el sexto volumen de opiniones de jueces contemporáneos destacados, seleccionadas por un comité especial. El autor de estas opiniones y votos concurrentes o razonados entre 1991 y 2013, es el profesor y juez Antônio Augusto Cançado Trindade, quien ha integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente es miembro de la Corte Internacional de Justicia. En 25 años de integración de tribunales internacionales, sus escritos han dejado un sello doctrinario y personal. Al participar en dos tribunales de competencias distintas, la voz de Cançado Trindade los presenta a través de elementos comunes, teniendo como centro de referencia su función primordial, la cual es aplicar el derecho internacional a casos concretos. Ello, en la perspectiva del juez, consiste en buscar la humanidad y la persona humana detrás del Estado como sujeto de derecho y de obligaciones.

En un voto concurrente sobre la Opinión Consultiva N°15 relativa a los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1997))<sup>1</sup>, explica justamente cómo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) puede servir en el ejercicio de competencias por

<sup>1</sup> Serie A No. 15. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH. En particular párrs. 11-17.

la otra. La materia en que se planteó la pregunta tenía interés, además, por cuanto el Estado que había solicitado la Opinión Consultiva, había retirado posteriormente su petición.

Las decisiones judiciales se exponen a la lectura de tal forma que es posible apreciar no solo los claroscuros y las disidencias propias de su adopción, sino también una manera de ver el derecho internacional, tanto por el juez, como por el profesor. Son 34 capítulos, 20 dedicados a la Corte Interamericana y 14 a la Corte Internacional de Justicia, cada uno agrupando textos bajo un título indicativo de la línea de pensamiento medular que los une.

### El oficio del juez:

Cançado Trindade inició su carrera internacional con el tema del agotamiento de los recursos internos, materia que retorna en esta obra en una opinión de 1991<sup>2</sup>. Al abordar la excepción presentada por un Estado, el juez (*ad hoc*) razona si aquel puede hacerla valer dos veces, primero ante la Comisión y luego ante la Corte, desechando tal posibilidad sobre la base de los principios de buena fe, estoppel y la igualdad de medios entre la víctima y el demandado.

Poco más de 20 años después de iniciar su carrera como juez *ad hoc* en San José, Cançado Trindade emite una opinión disidente en la Corte de La Haya, en el caso *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia versus Russian Federation, Preliminary Objections, 01.04.2011)*. Allí, el juez expone la historia de las disposiciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para reafirmar la valoración de la jurisdicción obligatoria en el sistema de protección de derechos humanos. Esta vez, al amparo de la cláusula compromisoria (cláusula pétrea en palabras del autor), se abordan los supuestos de los tratados sobre derechos humanos como instrumentos vivos. La opinión disidente del juez Alejandro Álvarez, en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Company (Preliminary Objections, Judgment*

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade.

of 22.07.1952) aporta una cita para reforzar la idea anterior, que apunta finalmente a una interpretación de los tratados conforme a su espíritu.<sup>3</sup>

Las opiniones contenidas en esta obra muestran una nítida línea de pensamiento, basada en la relación entre conciencia y derecho, que siempre sitúa el fenómeno jurídico desde la perspectiva de la persona humana como titular de derechos. La teoría supone que la soberanía del Estado, definida como potestad suprema, cede en favor de la solidaridad hacia y con el individuo y sus avatares<sup>4</sup>. De ahí se sustenta el derecho de petición (diferente del derecho a petición)<sup>5</sup>, una de las piedras angulares de los regímenes de protección de los derechos humanos y que en el Sistema Interamericano se reconoce, sin necesidad de aceptación expresa de los Estados, para acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que preexistió a la Corte), lo que recoge la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 44). Esa prerrogativa sirve ahora de antecedente a la participación del peticionario en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*locus standi in iudicio*), en calidad de titular de derechos, como fuera admitida en el Reglamento de la Corte desde 2000.

En La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social de Alejandro Álvarez y el Tratado de Direito Internacional Público, de H. Accioly, distinguidos juristas latinoamericanos, el juez Cançado Trindade encuentra claras demostraciones de la histórica importancia de la personalidad jurídica del individuo. De ahí surgen preguntas: ¿son los derechos otorgados por el Estado o son ellos reconocidos por el Estado? ¿Dónde está la verdad en las respuestas que se postulan?

---

<sup>3</sup> Opinión disidente, Georgia versus Russian Federation, Preliminary Objections, 01.04.2011. Párrs. 171-2.

<sup>4</sup> Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares). Serie C No. 41. También Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

<sup>5</sup> Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares), Serie C No.41, párr .9.

## Los tratados sobre derechos humanos como fuente del derecho:

Las Convenciones fundacionales de los grandes sistemas regionales constituyen una fuente para articular una visión integral del derecho de la persona humana, sea a través de obligaciones *erga omnes* que incumben a todo Estado, o porque tales obligaciones pesan también en las relaciones interindividuales. Es la tesis que estructura la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002.

Una extensa explicación acerca de las particularidades de los convenios sobre derechos humanos, especialmente aquellos que remiten la aplicación de sus normas a un tribunal especializado, puede leerse en el voto concurrente en el caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. En su voto, Cançado Trindade<sup>6</sup> formula un severa crítica al régimen de reservas a esos convenios y observa una convergencia en las aproximaciones de las Cortes Europea y la Interamericana respecto del tema.

La lectura de la obra va mostrando un conjunto de opiniones a partir de las cuales se desprende un razonamiento que tiene su eje en la perspectiva de la especificidad del derecho de los derechos humanos; así se recoge en el caso de la prohibición de las autoamnistías<sup>7</sup> y la constante reflexión acerca de las limitaciones temporales a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su influencia en la caracterización de ciertas conductas<sup>8</sup>. Sobre este enfoque, es también oportuno mencionar la relación (jurídica) que el juez postula entre la protección

<sup>6</sup> Serie C No. 123. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, sección 2.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

<sup>8</sup> Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH. Caso *Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36

judicial (acceso a la justicia, art. 25 de la Convención Americana) y las garantías jurídicas (art. 8 de la Convención Americana), en cuanto ellas aportan un enfoque unitario al concepto del debido proceso jurídico, conforme a una interpretación teleológica de ese instrumento<sup>9</sup>.

Este enfoque se refleja al analizar la administración de territorios bajo la tutela de las Naciones Unidas y su relación con la población allí existente (pueblos en último término), que también se ha planteado en el trabajo en la Corte Internacional de Justicia. Al abordar la Declaración de Independencia de Kosovo (2010)<sup>10</sup>, toma nota que una serie de órganos de las Naciones Unidas habían expresado preocupación por la crisis humanitaria prevaleciente. Con ese telón de fondo, el juez expone que la cuestión relativa a la legalidad de la declaración de independencia emerge como un eslabón en la cadena de acontecimientos, en los cuales el no cuestionamiento de la legalidad no es sino un hecho indisolublemente unido a la crisis humanitaria que había prevalecido por más de una década. Por eso, estima que es desafiante la tesis expuesta en algunos documentos de Naciones Unidas, de que es positivo que Kosovo se comprometa con instancias internacionales y regionales, en el marco de un proceso de adaptación con la UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo). Nuevamente, es el enfoque humanitario el que lleva a postular la aplicación del principio *ex injuria jus non oritur* a las (graves) conductas ocurridas en y respecto de Kosovo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH. También en Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH.

<sup>10</sup> Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403

<sup>11</sup> El juez recurre a la jurisprudencia de otro tribunal, el ICTY (sigla en inglés), para invocar lo que denomina es el reconocimiento judicial de los hechos ocurridos en Kosovo. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 156-163.

Cançado se manifiesta en favor de un reconocimiento amplio de la competencia de la Corte Internacional de Justicia, y para ello propugna la inclusión de cláusulas compromisorias en los tratados internacionales. Esta fórmula –como la conocen quienes ejercen la función judicial– fue particularmente estudiada por el Institut de Droit International, que adoptó la resolución en Neuchâtel (1959), sobre *Compulsory Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, mediante la propuesta de que:

5. In the interest of world economic development it is desirable that economic and financial agreements concerning development schemes, whether concluded between States or concluded with States by international organisations or international public corporations, should contain a clause conferring on the International Court of Justice (so far as the Statute of the Court allows) or on another appropriate international court or arbitral tribunal compulsory jurisdiction in any dispute relating to their interpretation or application.

¿Es la jurisdicción obligatoria la más alta expresión de la regla de derecho en el plano internacional? ¿Conduce ella a un orden jurídico internacional más cohesionado y guiado por el imperativo de la realización de la justicia? La reflexión del juez Cançado Trindade está profundamente inspirada en la hermenéutica de los tratados sobre derechos humanos, donde postula la convergencia de la casuística jurídica de los tribunales europeo e interamericano, así como de otros órganos supervisores. “The specificity of the International Law of Human Rights finds expression not only in the interpretation of human rights treaties in general but also in the interpretation of specific provisions of those treaties”.<sup>12</sup>

Las inferencias aplicables a la competencia de la Corte Internacional de Justicia son directas: las disposiciones relativas a los deberes de los Estados no pueden subordinarse a las reglas relativas a la solución de controversias, que están modeladas sobre la base de las relaciones entre

---

<sup>12</sup> Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 89, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639.

Estados. Así se explica la opinión disidente a la decisión de la CIJ en el asunto sobre Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation. Preliminary Objections. Sentencia del 1º de abril de 2011). Allí, el juez expone<sup>13</sup> que mientras Rusia sostenía que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento respecto de la jurisdicción de un tribunal eran dos cosas diferentes, Georgia sostenía que el carácter no sinalagmático de los tratados de derechos humanos conllevaba una interpretación amplia de las cláusulas compromisorias versus una más limitada que postulaba el demandado.

Cançado Trindade recuerda también el principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*), que considera aplicable no solo tratándose de las normas sustantivas de las convenciones sobre derechos humanos, sino también en lo relativo a las normas procesales. Vale decir, la naturaleza del tratado debe considerarse junto con los elementos del texto, en su sentido corriente, el contexto, el objeto y el fin. La tesis central es que el propósito de este tipo de tratados es hacer efectivo su escrutinio y efectividad y, por ende, la interpretación se convierte en un proceso delicado. Alejandro Álvarez es citado nuevamente a propósito de estas reflexiones, recordando su posición en el asunto de la Anglo-Iranian Oil Company (Preliminary Objections, Judgment, 1952), donde el entonces juez Álvarez criticó los métodos tradicionales de interpretación de los tratados<sup>14</sup>.

Recordemos que Álvarez expresaba la opinión de que la Corte –tribunal de justicia– tenía una doble tarea, cual era decir el derecho y desarrollarlo<sup>15</sup>. Una interpretación

---

<sup>13</sup> Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 74-75. Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation. Preliminary Objections (Judgment of 1 April 2011), CIJ, párrs. 74-75.

<sup>14</sup> Recogido en la opinión disidente, op. cit., párrs. 170-171. Asunto sobre Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation. Preliminary Objections (Judgment of 1 April 2011), CIJ.

<sup>15</sup> Opinión disidente del juez A. Álvarez en el caso Anglo-Iranian Oil Company (Preliminary Objections, Judgment of 22 July 1952), CIJ, pp. 131-132.

evolutiva no está lejos de esta concepción que busca dar más volumen a una norma específica.

### El tiempo y los derechos humanos:

El paso del tiempo –que también se aprecia en sus votos como juez integrante de la Corte Interamericana– se encuentra en la sensibilidad para aproximarse al asunto titulado Request for Interpretation of the Judgment of 1962 in the Case of the Temple of Preah Vihear (Cambodia versus Thailand, Interpretation of Judgment, 2013). Este caso resucitó el asunto del Templo fallado en 1962. En su opinión individual, en la fase de Medidas Provisionales (2011), el juez reflexiona sobre la relación perenne entre tiempo y derecho. En la fase de interpretación de los términos de la sentencia de 1962, los temas relativos al ámbito territorial del templo, y el concepto de su vecindad, son mirados como si fuesen objeto de acciones humanas, tales como el culto y la cultura. Estos aspectos también se ven en la dimensión propia que atribuye al tema limítrofe que se expresa en la línea dibujada en un mapa que figura entre los antecedentes relacionados con la controversia principal.

La dimensión temporal ya se había planteado en el voto concurrente a la Opinión Consultiva N°16 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal en 1999<sup>16</sup>. Allí, el juez funda sus conclusiones en la tesis de que un instrumento vivo debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes<sup>17</sup>. El tiempo vuelve a ser una dimensión importante en su estructurada opinión individual en el caso de Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium versus Senegal, Judgment, 20.07.2012), cuando critica el *décalage* entre el tiempo del ser humano y el tiempo de la justicia<sup>18</sup>. Y ciertamen-

---

<sup>16</sup> Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

<sup>17</sup> Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr.11, donde cita una frase del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, Tyrer versus United Kingdom case, Judgment of 25-04-1978, Series A, n.26, pp.15-16, par.31

<sup>18</sup> Párr. 147.

te, el tiempo es también una dimensión sustantiva en la opinión disidente en el caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany versus Italy, Order, Counter-Claim, 06.07.2010)*<sup>19</sup>, en relación con la teoría del ilícito permanente o continuo.

El tono de la discrepancia en el asunto *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium versus Senegal) (2009, Provisional Measures)*, es notable. En este caso, el derecho a que se ejerza justicia se resume en la frase *aut dedere aut judicare* y en la invocación de que existe una garantía colectiva que puede ejercerse respecto de los derechos protegidos. En este asunto, el juez Cançado estima que los hechos merecen la aplicación de un enfoque jurídico afín con la conciencia jurídica universal. Vale decir, que llame a los países constituidos por unidades soberanas a avanzar hacia el ideal de una *civitas maxima gentium*.<sup>20</sup>

### Opiniones disidentes:

Estas opiniones se estructuran como si se tratase de lecciones de derecho internacional. Algunas reflejan el deseo de que la tribuna judicial sea también una cátedra para que los Estados comprendan el sentido de determinadas cláusulas, como las contenidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo relativo a la jurisdicción obligatoria o voluntaria de ese Tribunal, cuya cumbre es la llamada cláusula opcional mediante la cual se declara unilateralmente aceptar la competencia obligatoria, pudiendo ajustarla mediante limitaciones y reservas.

Después de esa opinión disidente, el juez Cançado Trindade eleva más el nivel de la discusión en el marco de la decisión de la CIJ sobre *Jurisdictional Immunities of the State (Germany versus Italy)*, 2012. Allí sostiene que el quebrantamiento de normas fundamentales, cuya validez se relaciona con la noción de *jus cogens*, no puede ser protegido por las reglas relativas a la inmunidad. Los crímenes contra la humanidad no califican como actos de gestión o como actos de autoridad, postula el juez, y en cualquier

---

<sup>19</sup> Párrs. 84-91.

<sup>20</sup> Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 103

caso, es el derecho del individuo de acceder a la justicia el que debe prevalecer, opina el juez.

La consolidación del *jus cogens* en derecho internacional, es una característica que el juez Cançado Trindade estima esencial para el futuro del mundo. ¿Qué es la primacía del *jus cogens* en esta perspectiva teórica? Es una forma de atribuir un valor jurídico superior a las “consideraciones elementales de humanidad”<sup>21</sup> afirma en su disidencia en el caso Jurisdictional Immunities of the State (Germany versus Italy, 2012).

Así lo había remarcado en un voto contundente en el Caso Goiburú y otros contra Paraguay (2006)<sup>22</sup> en la Corte Interamericana, donde desarrolla el concepto de crimen de Estado. Anteriormente se había referido a esta noción como fuente de la responsabilidad agravada del Estado en el caso Myrna Mack Chang contra Guatemala (2003)<sup>23</sup>, explicando los diferentes fundamentos que configuran un crimen de esa naturaleza en el derecho internacional, que no es necesariamente el sentido que aquél tiene en el derecho interno.

La especificidad del derecho internacional se observa también en el tratamiento de la reparación de ese tipo de crímenes, para lo cual introduce elementos propios del derecho de los derechos humanos. Son varias las opiniones donde el término de crimen agravado va a ser invocado por Cançado Trindade. Así, critica<sup>24</sup> las decisiones de la Corte en los casos Arrest Warrant (2002) y Armed Activities on the Territory of the Congo. New Application: 2002, (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Juris-

---

<sup>21</sup> Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 288-299, en especial párr. 290.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade en Corte IDH.

<sup>24</sup> Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 295-297.

diction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, como una deconstrucción del *jus cogens*, ejercicio donde la Corte ha limitado el papel de las normas que merecen tal calificación. De igual manera, el juez va analizando la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a la gravedad de los crímenes contra la humanidad, donde para abordar la primera, sostiene que no puede dejarse de lado el deber de reparar a las víctimas de los hechos.

El orden público se desestabiliza –según este enfoque– no porque se desconozca la inmunidad de jurisdicción, sino porque no se adoptan remedios por las vías jurídicas a las graves violaciones a los derechos humanos. La opinión disidente en el caso Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening, 2012), es ciertamente la más desarrollada de las que contiene la obra, y en ella se resume un compendio de valores que el juez cree necesario incorporar en el ejercicio de la justicia, por razones de orden público y de conciencia jurídica universal. Es ciertamente una concepción del derecho natural que busca retornar.

### **Jus Cogens y reparación:**

En la Corte de San José ya había desarrollado una completa teoría sobre el contenido material del *jus cogens*, término dentro del cual sitúa el principio del acceso a la justicia. Él está presente en mucho párrafos de las opiniones incluidas en el libro, en particular cuando plantea la indisociabilidad de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo dice en el voto razonado emitido en el caso Masacre de Pueblo Bello versus Colombia<sup>25</sup>, relacionando el derecho a ser oído con el derecho a disponer de un recurso que ampare contra la violación de derechos fundamentales.

La teoría sobre el *jus cogens* también había sido invocada en la Corte de San José<sup>26</sup>, en relación con la prohibición

---

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 159. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr.62.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36. Voto razonado del juez A. A.

de la tortura –absoluta, física y psicológica– en el ámbito de un sistema de normas que constituye un verdadero régimen jurídico internacional. Así aborda el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala* (sentencia de 27.11.2003), donde el voto concurrente del juez se refiere al origen de la tipificación de la tortura como un crimen contra el derecho internacional<sup>27</sup>, hallándola en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en los casos sobre Grecia (1967-1970), y de la Corte Europea, en el caso *Ireland versus United Kingdom* (1971-1978). Igual tesis plantea en su voto concurrente<sup>28</sup> en la Opinión Consultiva N°18 de la Corte Interamericana sobre la Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados (17.09.2003), **Serie A No. 18**, donde hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea y a una sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (caso A. Furundzija, sentencia de 10.12.1998)<sup>29</sup>. Allí se sostuvo que la tortura estaba prohibida tanto por el derecho convencional, como por la costumbre internacional.

En un paréntesis inspirado en la literatura, el juez invoca *Memoirs from the House of the Dead*, de Dostoyevsky (1862); ello le permite recordar en el voto razonado en el caso *Tibi versus Ecuador* (2004)<sup>30</sup>, el papel de la autorehabilitación y de la reparación ante las afrentas del mundo, una de las cuales se origina en las prisiones, donde predomina la brutalización de las personas. Una vez más, el principio de humanidad enraizado en la conciencia humana se yergue contra la tortura, en palabras de Cançado Trindade.

Al referirse a ese caso, el juez recuerda al jurista A. Cassese<sup>31</sup>, quien escribiera a propósito de la prohibición de la tortura y los requisitos que limitan o previenen el recurso por fuerzas policiales a ese tipo de trato inhumano.

Cançado Trindade.

<sup>27</sup> Serie C No. 103, Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 7 -8.

<sup>28</sup> Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr.69.

<sup>29</sup> <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

<sup>30</sup> **Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.**

<sup>31</sup> A.Cassese, *Inhuman States - Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 21

En el caso *A.S. Diallo (Guinea versus D.R. Congo, 2012)*, las reparaciones debidas a un nacional guineano que había sufrido actos discriminatorios y dañinos contra sus bienes y personas en la RDC, merecen al juez Cançado una serie de reflexiones sobre la razón del deber de reparar<sup>32</sup>. En su argumentación, el juez cita a Anzilotti, Kelsen, Fauchille y la obra de la Comisión de Derecho Internacional que desde la perspectiva del Estado, visualizaron el alcance de la reparación y la sistematizaron.

En el caso *La Cantuta Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007*, el juez aborda el deber de reparar considerando la víctima, no el Estado que asumió su protección. Aquí resalta la expansión de la condición de víctima y postula la consideración del daño inmaterial de (allí la pregunta: ¿qué prueba es aceptable?) y la búsqueda de un nuevo equilibrio entre el Estado y las víctimas<sup>33</sup>.

Este párrafo, tomado del voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Bulacio versus Argentina (2003)*<sup>34</sup>, revela el alcance de este enfoque:

40. La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, – tal como es sostenida por la Corte Interamericana en la presente Sentencia en el caso *Bulacio Vs. Argentina*–, se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. Es, en última instancia, una expresión elocuente de los lazos de solidaridad que unen los vivos a sus muertos<sup>35</sup>. O, más precisamente, de los lazos de solidaridad que unen los muertos a sus sobrevivientes, como se estuvieron aquéllos diciendo a estos:

---

<sup>32</sup> Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 200-212.

<sup>33</sup> Serie C No. 173. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 41-43.

<sup>34</sup> Voto razonado, párr. 40. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

<sup>35</sup> Corresponde a la nota 45 del voto: “45. Sobre estos lazos de solidaridad, cf. mis Votos Razonados en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencias de la Corte Interamericana sobre el fondo, del 25.11.2000, y sobre reparaciones, del 22.02.2002)”.

no hagan con otros lo que hicieron con nosotros y con nuestros padres sobrevivientes, para que puedan ellos y sus hijos seguir teniendo una vida sencilla y feliz, quizás sin saberlo.

Difícilmente podría haber una mejor forma de sintetizar el pensamiento del juez. ¿Es el papel de una Corte de Derechos Humanos actuar sobre la brutalidad ejercida contra niños y jóvenes, y en qué medida la reparación que ella determina ejerce una influencia en la sociedad donde ocurrieron los hechos?<sup>36</sup> Las sentencias que son el contrapunto de las opiniones y votos del juez Cançado Trindade, muestran que los países no han permanecido *estagnados* y que la Corte, junto a otros órganos y la propia fuerza del estado de derecho, generan límites al actuar de los agentes del Estado, dándole un sentido más jurídico a su actuar.

En este ámbito, no es raro que el juez se refiera al desarraigo como un problema de derechos humanos y fenómeno espiritual y cultural, ligado al desplazamiento forzado de las personas respecto de quienes se deben asumir los deberes hacia las personas fallecidas que fueron objeto de masacres y violencia. El juez termina su voto razonado en el caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam (2005), con la frase: “el recuerdo es una manifestación de gratitud y la gratitud es, tal vez, la manifestación más noble de rendir justicia verdadera”<sup>37</sup>. La cercanía de esta jurisprudencia con la del derecho a una identidad cultural es nítida, como resulta del caso entre la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay<sup>38</sup>, que integra al razonamiento jurídico algunos elementos sociológicos, y donde se aceptase prueba acotada para demostrar la causalidad entre los hechos.

---

<sup>36</sup> Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152; Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

<sup>37</sup> Voto razonado, párr.93. Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

## Principios generales:

Un continuo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el que debe aplicar la Corte Internacional de Justicia se aprecia en el planteamiento sobre el rol de los principios generales del derecho, donde el voto razonado del juez Cançado Trindade hace una puntualización. En su concepto, “el artículo 25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional<sup>39</sup>.”

En su opinión individual en el caso de Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Uruguay, 2010) (CIJ), el autor desarrolla el concepto de principios generales del derecho, situándolos en el rango de un *jus necessarium* (en particular la prevención y la precaución medioambiental), que son expresión de una “idea de la justicia”. Es también la oportunidad en que la tesis del juez sobre la costumbre internacional, se plantea de forma que el elemento *opinio juris* no sería tanto de orden constitutivo, sino más bien expresión de un *status conscientiae*<sup>40</sup> de los miembros de la comunidad internacional en su conjunto.

En su opinión individual en el caso Frontier Dispute (Burkina Faso versus Niger, 2013) (CIJ), la relación entre persona humana, población, territorio y límites es enfocada mediante la ecuación que denomina el factor humano y las fronteras<sup>41</sup>. No es un tema añejo, y se refleja actualmente en la complementación necesaria entre un límite fronterizo y la cooperación transfronteriza, donde se puede manifestar incluso la transhumancia. En estas circunstancias, el juez Cançado avanza en su argumentación y sostiene que más allá del caso concreto, es la solidaridad humana la que entra en juego *pari passu* con la seguridad de las fronteras,

---

<sup>39</sup> Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr.35. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

<sup>40</sup> Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 7

<sup>41</sup> Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párrs. 63-69

pero esa afirmación no lo lleva a sostener que se ha derogado el rol de esta última.

La obra, en su conjunto, expone una concepción de justicia objetiva derivada de los principios fundamentales del derecho internacional, los que son el sustrato del derecho internacional, que no queda limitado al consentimiento de los Estados.

Después del cierre de la edición de esta obra, el juez Cançado ha continuado formulando opiniones individuales, dos de ellas relativas a temas ambientales y a la conducta exigida por el enfoque precautorio<sup>42</sup>. Asimismo, la opinión disidente en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia, 2015)*, también del período más reciente, nuevamente plantea la creencia de que la razón de la humanidad es superior a la razón del Estado, lo que se traduce en una crítica a la valoración separada del *actus reus* del *mens rea* en el crimen de genocidio.

Esta forma de aproximarse al derecho ha ido dejando una huella doctrinaria, que pocos juristas tendrán la oportunidad de hacer presente con la misma jerarquía en el tribunal de La Haya.

*María Teresa Infante Caffi*  
Universidad de Chile

---

<sup>42</sup> CIJ, sentencias de 2015. *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* y *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*.