

EL DIFÍCIL CAMINO DEL ACCESO DE LA PERSONA HUMANA A LA JUSTICIA EN EL CONTENCIOSO INTERESTATAL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (Brasil)*
Miembro del IHLADI

RESUMEN: En nuestros tiempos, podemos testimoniar la alentadora expansión de la jurisdicción, de la personalidad (y capacidad) jurídica, y de la responsabilidad internacionales. La multiplicidad de tribunales internacionales contemporáneos ha fomentado el acceso a la justicia internacional de un número creciente de *justiciables* en toda parte, y en las más diversas circunstancias. Sin embargo, ha sido difícil el camino del acceso de la persona humana a la justicia en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Pero a pesar de todas las dificultades, se han logrado avances significativos (en el ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva) en la última media-década, en las ocasiones en que la CIJ se ha mostrado dispuesta a superar dogmas del pasado, y a divisar la persona humana como sujeto último de derechos emanados del derecho de gentes (*jus gentium*), y vindicados en el marco de un mecanismo estricta e innecesariamente interestatal. Para esto, ha sido necesario tener presentes los fines humanos del Estado, de conformidad con una visión humanista del orden jurídico internacional.

Fecha de recepción del original: 28 de mayo de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de junio de 2013.

* Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Profesor Honorario de la Universidad de Utrecht; *Honorary Fellow* de la Universidad de Cambridge; Miembro del *Institut de Droit International*, del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción internacional. Personalidad y capacidad jurídicas internacionales. Responsabilidad internacional. Corte Internacional de Justicia. Acceso a la justicia. Contencioso interestatal. Funciones contenciosa y consultiva. Persona humana como sujeto de derechos. Superación de dogmas. Estado: fines humanos. Orden jurídico internacional: visión humanista.

ABSTRACT: In our times, we can witness the reassuring expansion of the international jurisdiction, legal personality (and capacity), and responsibility. The multiplicity of contemporary international tribunals has paved the way for the access to international justice of a growing number of *justiciables* everywhere, and in the most diverse circumstances. Nevertheless, the path of the access of the human person to justice in the inter-State *contentieux* before the International Court of Justice (ICJ) has been difficult. But despite all difficulties, significant advances have been achieved (in the exercise of both the contentious and the advisory functions) in the last half-decade, on those occasions when the ICJ has appeared prepared to overcome dogmas of the past, and to consider the human person as the ultimate subject of rights emanated from the law of nations (*jus gentium*), and vindicated in the framework of a strictly and unnecessarily inter-State mechanism. To this effect, it has been necessary to keep in mind the human ends of the State, pursuant to a humanist outlook of the international legal order.

KEY WORDS: International jurisdiction. International legal personality and capacity. International responsibility. International Court of Justice. Access to justice. Inter-State *contentieux*. Contentious and advisory functions. Human person as subject of rights. Overcoming of dogmas. The State: human ends. International legal order: humanist outlook.

RESUMO: Em nossos tempos, podemos testemunhar a alentadora expansão da jurisdição, da personalidade (e capacidade) jurídica, e da responsabilidade internacionais. A multiplicidade de tribunais internacionais contemporâneos tem fomentado o acesso à justiça internacional de um número crescente de *justiciáveis* em toda parte, e nas mais diversas circunstâncias. Não obstante, tem sido difícil o caminho do acesso da pessoa humana à justiça no contencioso interestatal perante a Cor-

te Internacional de Justiça (CIJ). Mas apesar de todas as dificuldades, têm-se logrado avanços significativos (no exercício das funções tanto contenciosa como consultiva) na última meia-década, nas ocasiões em que a CIJ se tem mostrado disposta a superar dogmas do passado, e a considerar a pessoa humana como sujeito último de direitos emanados do direito das gentes (*jus gentium*), e vindicados no âmbito de um mecanismo estrita e desnecessariamente interestatal. Para isto, tem sido necessário ter presentes os fins humanos do Estado, em conformidade com uma visão humanista da ordem jurídica internacional.

PALAVRAS CHAVE: Jurisdição internacional. Personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Responsabilidade internacional. Corte Internacional de Justiça. Acesso à justiça. Contencioso interestatal. Funções contenciosa e consultiva. Pessoa humana como sujeito de direitos. Superação de dogmas. Estado: fins humanos. Ordem jurídica internacional: visão humanista.

RESÚMÉ: De nos jours, il est possible de constater l'expansion rassurante de la juridiction, de la personnalité (et la capacité) juridique, et de la responsabilité internationales. La multiplicité des tribunaux internationaux contemporains a ouvert la voie à l'accès à la justice internationale pour un nombre croissant de justiciables partout dans le monde, et dans les circonstances les plus diverses. Néanmoins, le chemin vers l'accès de la personne humaine à la justice dans le contexte du contentieux interétatique devant la Cour internationale de Justice (CIJ) est resté difficile. Mais malgré toutes les difficultés, des avancées significatives ont été réalisées (en matière d'exercice de la fonction contentieuse tout comme de la fonction consultative) au cours de la seconde moitié de cette dernière décennie, en quelques occasions où la CIJ a semblé prête à surmonter les dogmes du passé et à considérer la personne humaine comme l'ultime titulaire de droits reconnus par le droit des gens (*jus gentium*), et revendiqués dans le cadre d'un mécanisme stricte inutilement interétatique. À cette fin, il a été nécessaire de garder à l'esprit les fins humaines de l'État, conformément à une vision humaniste de l'ordre juridique international.

MOTS-CLÉS: Jurisdiction internationale. Personnalité et capacité juridiques internationales. Responsabilité internationale. Cour In-

ternationale de Justice. Accès à la justice. Contentieux interétatique. Fonctions contentieuse et consultative. La personne humaine en tant que titulaire de droits. Dépassement des dogmes. L'État: fins humaines. Ordre juridique international: vision humaniste.

SUMARIO: I. Introducción. II. La Presencia de la Persona Humana en la Esencia de las Controversias Interestatales. III. La Superación de la Visión Territorialista Exclusiva Clásica: Las Medidas Provisionales de Protección en el caso del *Templo de Préah Vihear* (2011). IV. Demarcación de Frontera y Condiciones de Vida de Poblaciones Nómades: El Caso de la *Disputa Fronteriza entre Burkina Faso y Niger* (2013). V. Los Fines Humanos del Estado y la Visión Humanista del Orden Jurídico Internacional: La Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (2010). VI. La Relevancia de las Cláusulas Compromisorias en los Tratados de Derechos Humanos: Los Casos de *Bélgica versus Senegal* (2009) y de *Georgia versus Rusia* (2010). 1. Caso de *Bélgica versus Senegal* (2009). 2. Caso de *Georgia versus Rusia* (2010). VII. Violaciones de Derechos Humanos Establecidas por la CIJ: El Caso *A.S. Diallo* (fondo, Guinea versus R.D. Congo, 2010). VIII. El Individuo como Beneficiario de Reparaciones: Caso *A.S. Diallo* (reparaciones, Guinea versus R.D. Congo, 2012). IX. Derecho a la Igualdad Procesal en el Derecho Administrativo Internacional: La Opinión Consultiva sobre el *Procedimiento de Revisión de Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT* (2012). X. La Prohibición Absoluta de la Tortura y el Principio de la Jurisdicción Universal: El Caso de *Bélgica versus Senegal* (Fondo, 2012). XI. Las Inmunidades del Estado frente a los Crímenes Internacionales de Sujeción a Trabajo Forzado y Masacres: El Caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania versus Italia*, con Intervención de Grecia, Sentencia de la CIJ del 03.02.2012) y Disidencia. 1. El Procedimiento y la Sentencia. 2. La Disidencia. XII. Breves Reflexiones Finales.

I. INTRODUCCIÓN

En un estudio publicado en el *Anuario del IHLADI* una década después de la realización de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos

(Viena, 1993), examiné con detalles la emergencia y la consolidación, en la doctrina jusinternacionalista, de la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana como sujeto del derecho internacional¹. Caractericé este auspicioso desarrollo como el mayor legado del pensamiento jurídico jusinternacionalista del siglo XX, a dar expresión al primado de la *razón de humanidad* sobre la razón de Estado, y inspirar el proceso histórico en curso de gradual *humanización* del derecho internacional contemporáneo².

Trascurridos diez años más, ahora que conmemoramos dos décadas de la realización de la histórica II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (de la cual guardo los más vivos recuerdos³), me permito retomar el tema, nuevamente en el *Anuario del IHLADI*, pero desde una perspectiva distinta: pasaré de la doctrina a la jurisprudencia internacional, y me concentraré, en el presente estudio, en las dificultades enfrentadas por la persona humana en búsqueda de la justicia en el contencioso internacional interestatal ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Mis consideraciones a seguir derivan de mi propia experiencia, a lo largo de los años, en el seno de dos jurisdicciones internacionales (la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CtIADH] y la CIJ).

II. LA PRESENCIA DE LA PERSONA HUMANA EN LA ESENCIA DE LAS CONTROVERSIAS INTERESTATALES

No hay que pasar desapercibido que, en su Sentencia del 13 de julio de 2009, sobre la *Disputa relativa a Derechos de Navegación y Conexos* (Costa Rica versus Nicaragua), la CIJ sostuvo el derecho consue-

1. A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *AHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 237-288.

2. *Ibid.*, pp. 282-288.

3. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., tomo I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-640; A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

tudinario de pesca de subsistencia (párrs. 143-144) de los habitantes de ambos márgenes del Río San Juan. Dicha pesca de subsistencia nunca fue objetada (por el Estado demandado). Y, al fin y al cabo, los que pescan para subsistencia no son los Estados, sino más bien los seres humanos afectados por la pobreza. Así, la CIJ volvió su atención hacia, más allá de la dimensión estrictamente inter-estatal, los segmentos afectados de las poblaciones en cuestión. Esto es alentador, teniendo presente que, en perspectiva histórica, los Estados existen para los seres humanos, y no vice-versa.

En su posterior Sentencia del 20 de abril de 2010 en el caso de las *Papeleras* (Argentina *versus* Uruguay), la CIJ, al examinar los argumentos y pruebas presentados por las partes sobre la protección ambiental en el Río Uruguay, tomó en cuenta aspectos atinentes a las poblaciones afectadas, y la consulta a las mismas. Fue lo que me permití destacar en mi Voto Razonado, en el cual ponderé que, aún en el mecanismo interestatal de solución judicial de controversias por la CIJ, ha sido necesario ir más allá de la dimensión puramente interestatal, y tomar en cuenta los imperativos de la salud humana y del bien estar de los pueblos, el rol de la sociedad civil en la protección ambiental, así como la emergencia de las obligaciones de carácter objetivo (sin ventajas recíprocas para los Estados, es decir, más allá de la reciprocidad) en la protección ambiental, en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

En el mismo Voto Razonado me permití recordar que, antes que el presente caso se transformara en un diferendo interestatal en fines de 2003, su verdadero origen se encuentra en la iniciativa, dos años antes (final de 2001), de una organización non-gubernamental (ONG) argentina, de expresar su preocupación a una entidad internacional (CARU), con un asunto de considerable interés público (los alegados riesgos ambientales), afectando la población ribereña o local. Posteriormente, varias ONGs (tanto argentinas como uruguayas) se manifestaron al respecto. Todo esto vino a revelar la artificialidad de un enfoque puramente inter-estatal del diferendo, cuando se trata de enfrentar desafíos de interés público general, tal(es) como los atinentes a la protección ambiental.

III. LA SUPERACIÓN DE LA VISIÓN TERRITORIALISTA EXCLUSIVA CLÁSICA: LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE PROTECCIÓN EN EL CASO DEL *TEMPLO DE PRÉAH VIHÉAR* (2011)

En fines de abril de 2011, la CIJ se vio ante una situación inédita en toda su historia: después de cerca de medio siglo desde su célebre Sentencia del 15.06.1962 en el caso del *Templo de Préah Vihear* (Cambodia *versus* Tailandia), recibió una solicitud de interpretación de Sentencia de 1962 y otra de medidas provisionales de protección, como consecuencia de las hostilidades armadas recientes en la frontera entre Cambodia y Tailandia. Dado el grado de urgencia de esta última, la Corte convocó audiencias públicas para los días 30 y 31.05.2011, en las cuales recogió los argumentos orales de las partes; un mes y medio después, emitió las medidas provisionales de protección solicitadas, en su *Ordonnance* del 18.07.2011.

En esta decisión, la CIJ determinó, a partir del principio básico de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, consignado en la Carta de Naciones Unidas, la creación de una “zona provisional desmilitarizada” alrededor del Templo y en las proximidades de la frontera entre los dos países, y la retirada inmediata del personal militar - tanto de la Tailandia como del Cambodia, - y la garantía de libre acceso al Templo de los encargados del abastecimiento del personal no-militar en él presente. Determinó, además, la retomada y el proseguimiento de las negociaciones entre las partes, con miras a la solución pacífica de la controversia, de modo a no permitir su agravamiento.

En la ocasión, presenté un Voto Razonado en el cual sostuve que, la correcta determinación por la CIJ de la creación de una “zona provisional desmilitarizada” alrededor del Templo y cerca de la frontera entre los dos países, busca proteger, en mi entender, no solamente el territorio en cuestión, *sino también las poblaciones que en él viven*, así como un conjunto de monumentos ahí situados (conformando el Templo) que

hoy día integra⁴ - por decisión de la UNESCO - el patrimonio cultural y espiritual de la humanidad (párrs. 66-95).

Más allá del enfoque territorialista clásico encuéntrase el “factor humano”; tratase, - agregué en mi referido Voto Razonado, - de proteger, mediante dichas Medidas Provisionales, el derecho a la vida de los miembros de las poblaciones locales así como el patrimonio espiritual de la humanidad (párrs. 96-113). Subyacente a esta construcción jurisprudencial, - agregué, - encuéntrase el *principio de humanidad*, orientando la búsqueda de la mejoría de las condiciones de vida de la *societas gentium* y la realización del bien común (párrs. 114-115), en el marco del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos (párr. 117)⁵.

Reiteraré mi entendimiento en el sentido de que no hay cómo considerar el territorio haciendo abstracción de las poblaciones locales (que constituyen el componente más precioso de la condición del Estado - la *statehood* (cf. *infra*). Desde la emisión de dichas Medidas Provisionales de Protección por la CIJ hasta el presente (fines de mayo 2013), los conflictos armados en los alrededores del *Templo de Préah Vihear* en la región fronteriza entre Cambodia y Tailandia han cesado. La Corte lo ha logrado (hasta la fecha), precisamente al superar la visión exclusivamente territorialista clásica, tomando en cuenta *también la población* que vive en el territorio en cuestión. En mi percepción, la CIJ ha logrado dar expresión a la nueva visión del derecho internacional *humanizado* de nuestros tiempos, al tomar en cuenta no solamente el territorio palco de las hostilidades (como lo hacía hasta el pasado reciente), sino además, de modo conjunto, *el pueblo en el territorio*, o sea, *la protección de la población en el territorio*.

4. Desde 2008, por decisión del Comité do Patrimonio Mundial de la UNESCO, su Lista de Patrimonio Mundial.

5. Y cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

En mi referido Voto Razonado, señalé además que, más allá de los Estados, encuéntrase los seres humanos que los componen (párr. 114). En un caso de este género, aparentemente tan sólo territorial, no hay epistemológicamente cualquier inadecuación en extender protección también a la vida humana, y al patrimonio cultural y espiritual mundial (el Templo de Préah Vihear), evitando de ese modo un *daño espiritual* (párr. 66), tal como lo busqué conceptualizar, en 2005, en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005)⁶.

IV. DEMARCACIÓN DE FRONTERA Y CONDICIONES DE VIDA DE POBLACIONES NÓMADES: EL CASO DE LA DISPUTA FRONTERIZA ENTRE BURKINA FASO Y NÍGER (2013)

En su Sentencia reciente del 16.04.2013, la CIJ procedió, por solicitud de las partes, a determinar el curso de parte la frontera entre Burkina Faso y Níger. En mi Voto Razonado, me concentré sobre todo en el “factor humano” (párrs. 11-105), constituido en el presente caso por las poblaciones nómadas y semi-nómadas que habitan la región de la frontera. Recordé que las propias partes litigantes, en el curso del procedimiento ante la CIJ (sobre todo en la fase oral), habían expresado su preocupación con las poblaciones locales (particularmente en sus extensas respuestas a preguntas que me permití formularles en una audiencia pública ante la CIJ).

6. Aún antes de la *Ordonnance* de la CIJ del 18.07.2011 en el caso del *Templo de Préah Vihear*, las Naciones Unidas habían retomado el examen de la temática de los derechos de los pueblos, - y en particular del derecho de los pueblos a la paz, - en ceremonia realizada en su sede en Ginebra, en el día 16.12.2009, en la cual tuve el honor de proferir la conferencia magna (*Key-Note Address, cit. in* ONU, documento A/HRC/14/38, del 17.03.2010, pp. 9-11). Posteriormente, mediante su referida decisión de emitir las medidas provisionales de protección en el presente caso del *Templo*, la CIJ dio una contribución nueva a la temática en aprecio; efectivamente, desde la emisión de dichas medidas de protección de la CIJ hasta la fecha, los conflictos armados en los alrededores del *Templo de Préah Vihear* en la región fronteriza entre Cambodia y Tailandia han cesado, en beneficio sobretodo de las poblaciones locales.

Las partes litigantes aseguraron que las condiciones de vida de las poblaciones locales no serán afectadas por el trazado de la frontera, y confirmaron su entendimiento en el sentido de la conformación de un régimen de trashumancia como un verdadero “sistema de solidaridad”. En mi referido Voto Razonado, ponderé el presente caso revelaba que, aún un tema clásico como el del territorio, es hoy abordado conjuntamente con la población. Subyacente a esta construcción jurisprudencia, - agregué, - “está el *principio de humanidad*, orientando la búsqueda de la mejoría de las condiciones de vida de la *societas gentium* e la consecución y realización del bien común”, en el marco del “nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos” (párr. 90).

Observé, además, que la lección básica a extraerse del presente caso de la *Disputa Fronteriza* entre Burkina Faso y Níger es que “es perfectamente permisible y viable determinar una línea fronteriza teniendo en mente las necesidades de las poblaciones locales” (párr. 99). El derecho “no puede ser aplicado de forma mecánica” (párr. 104), y el derecho de gentes no puede ser abordado o estudiado adecuadamente desde un paradigma exclusivamente interestatal. “Al fin y al cabo, en perspectiva histórica o temporal, las poblaciones nómadas y semi-nómadas, así como sedentarias, precedieron en mucho la emergencia de los Estados en el *jus gentium* clásico” (párr. 104).

Los Estados, - acrecenté, - históricamente “se formaron a fin de cuidar de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, y para avanzar hacia el bien común. Los Estados tienen fines humanos. Más allá de la soberanía estatal, la lección básica a extraerse del presente caso está, en mi percepción, centrada en la solidaridad humana, *pari passu* con la necesaria seguridad jurídica de las fronteras. Esto encuéntrase en línea con la sociabilidad, emanando de la *recta ratio* en los fundamentos del *jus gentium*. La *recta ratio* marcó presencia en el pensamiento de los “padres fundadores” del derecho de gentes, y continúa a resonar en la conciencia humana en nuestros días” (párr. 105).

V. LOS FINES HUMANOS DEL ESTADO Y LA VISIÓN HUMANISTA DEL ÓRDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA *DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DEL KOSOVO* (2010)

En mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto de la *Declaración de Independencia del Kosovo*, del 22 de julio de 2010, señalé la atención especial de los experimentos contemporáneos de Naciones Unidas de administración internacional de territorio con las condiciones de vida de la población (en la línea de la preocupación similar de experiencias precursoras del sistema de mandatos bajo la Liga o Sociedad de Naciones, y del sistema de tutela, - además del sistema de minorías bajo la Liga, y de los territorios sin-gobierno-propio bajo Naciones Unidas), revelando todos “una perspectiva *humanizadora*” (párr. 231). Las organizaciones internacionales contribuyeron para fomentar esta “visión esencialmente humanista” (párr. 76).

El *jus gentium* (*droit des gens*) contemporáneo - proseguí en mi referido Voto - avanza la visión *humanista* del orden jurídico internacional, dejando claro que el Estado, o cualesquiera otras formas de organización socio-política, “fueron todos concebidos, y pasaron a existir, para la persona humana, y no *vice-versa*. Las organizaciones internacionales, creadas por Estados, han adquirido vida propia, y sido fieles a la observancia del principio de humanidad *lato sensu*, situándolo bien más allá de la antigua y estricta dimensión interestatal. Los experimentos pioneros de los sistemas de mandatos y tutela aportan una clara evidencia histórica en este sentido” (párr. 76). Los seres humanos, la “población” o el “pueblo” constituyen “el más precioso elemento constitutivo de la condición de Estado” (*statehood*) (párr. 77).

Efectivamente, si nos volvemos a las *causas* de aquellos experimentos pioneros de los sistemas de mandatos y de tutela (hoy día seguidos por la administración internacional de territorios), identificamos su propósito común: “salvaguardar los «pueblos» o «poblaciones» en cuestión (...) de la exploración, los abusos y la crueldad, y capacitarlos

a ser maestros de su propio destino en una dimensión temporal. (...) Aquellos experimentos se inspiraron en el *principio fundamental de humanidad* (...), y buscaron salvaguardar la dignidad de la persona humana. (...)” (párr. 94).

Agregué en mi Voto supracitado en el asunto, ante la CIJ, de la *Declaración de Independencia del Kosovo*, que

“Las lecciones acumuladas, por aquellos que testimoniaron o sobrevivieron sucesivas masacres y atrocidades de los últimos cien años, y aquellos que los estudian y piensan en ellos seriamente hoy día, sólo pueden conllevar a este reconocimiento humanista: en las raíces de aquellas instituciones jurídicas (mandatos, tutela, administración internacional de territorios) detectamos la conciencia para el *deber de cuidado con el género humano*. Este es, al fin y al cabo, en mi propia percepción, su más valioso denominador común” (párr. 96).

En el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), he, pues, igualmente sostenido mi postura principista y anti-voluntarista. Por ejemplo, en mi extenso Voto Razonado en la Opinión Consultiva de la CIJ (del 22.07.2010) sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración de Independencia de Kosovo*, destacué, *inter alia*, la importancia de los principios de derecho internacional en el marco del Derecho de las Naciones Unidas, y en relación con los *finés humanos* del Estado (párrs. 177-211), conllevando inclusive a la superación del paradigma estrictamente inter-estatal en el derecho internacional contemporáneo.

VI. LA RELEVANCIA DE LAS CLÁUSULAS COMPROMISORIAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: LOS CASOS DE *BÉLGICA VERSUS SENEGAL* (2009) Y DE *GEORGIA VERSUS RUSIA* (2010)

En dos ocasiones recientes, la CIJ fue accionada con base en cláusulas compromisorias contenidas en tratados generales de derechos humanos, a

saber, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (artículo 30) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (artículo 22). La CIJ dejó de llevar en cuenta la naturaleza especial de estos dos tratados generales de derechos humanos (de gran importancia histórica, y que integran las “*core Conventions*” de Naciones Unidas, que requieren una interpretación teleológica (en el marco del derecho de los tratados), y cuyas cláusulas compromisorias deben ser interpretadas teniendo presentes el objeto y fin de las Convenciones respectivas. Por consiguiente, en ambas ocasiones me sentí obligado a dejar constancia de mi posición disidente en cuanto a las decisiones tomadas por la mayoría.

1. CASO DE *BÉLGICA VERSUS SENEGAL* (2009).

En el caso de las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar* (medidas provisionales, *Bélgica versus Senegal*), en su *Ordonnance* del 28.05.2009 la CIJ dejó de indicar medidas provisionales de protección solicitadas. Presenté un extenso Voto Disidente sosteniendo que la CIJ debía haber indicado o ordenado medidas provisionales, para asegurar la aplicación del principio de la jurisdicción universal (*aut dedere aut judicare*), con base en un tratado de derechos humanos (la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura [Convención CAT], artículo 7) (párrs. 60-63 y 69), sobre todo en relación con una prohibición del *jus cogens* (párrs. 68, 71 y 100).

La CIJ no tomó en debida cuenta el *rationale* de la cláusula compromisoria (del artículo 30) de la Convención CAT. La debida aplicación del principio de la jurisdicción universal, aún en la etapa de medidas provisionales de protección, era, a mi juicio, un imperativo para asegurar la salvaguardia del derecho a la realización de la justicia (párrs. 95 y 101)⁷, particularmente bajo la Convención CAT (invocada - su cláusula

7. En la misma línea de pensamiento, en mi reciente Voto Razonado en la nueva *Ordonnance* (del 04.07.2011) de la Corte en el caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (*Alemania versus Italia*, Solicitud de Intervención de la Grecia), me permití llamar la atención - al apoyar la solicitud griega de intervención - para la presencia y la

facultativa del artículo 30 - como base de jurisdicción de la CIJ), que consagra la prohibición absoluta de la tortura (propia del dominio del *jus cogens*)⁸, en todas y cualesquiera circunstancias.

En mi referido Voto Disidente, agregué que el segmento *aut judicare* - constante del principio de la jurisdicción universal, *aut dedere aut judicare* - prohíbe además atrasos indebidos en la realización de la justicia (párr. 63), y que las medidas provisionales de protección darían expresión a esta prohibición, en pro de la pronta realización de la justicia a niveles tanto nacional como internacional; dichas medidas preservarían el propio derecho a la realización de la justicia (párr. 60). Subrayé, en mi disidencia, que la impunidad prevaleciente hasta el presente en el *cas d'espèce* constituía “en efecto una *situación* continuada de daño irreparable” (párr. 62). Cabía tener presentes los derechos de la persona humana en cuestión, más allá de la dimensión puramente interestatal (párrs. 61 and 72).

2. CASO DE GEORGIA VERSUS RUSIA (2010).

Posteriormente, en mi extenso Voto Disidente en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia versus Federación Rusa, Sentencia del 01.04.2011), ante la interpretación de la CIJ, a mi juicio equivocada, de la cláusula compromisoria (artículo 22) de la referida Convención (CERD), sostuve que cláusulas compromisorias como la del artículo 22 de la Convención CERD están directamente ligadas al propio *derecho de acceso a la justicia* de los justiciables, bajo los tratados de derechos humanos (párr. 207). La Corte debería, a mi juicio, haber desestimado las excepciones preliminares, mediante la

participación de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, y para la coexistencia, en el marco de este último, de derechos de los Estados así como derechos de los individuos (párrs. 9-61), ambos sujetos del Derecho Internacional.

8. No fue ésta la única vez en que he sostenido la necesidad de la construcción jurisprudencial del *jus cogens* en el seno de la CIJ. Así, también en mi extenso Voto Razonado (párrs. 195 y 212-217) en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (del 22.07.2010), subrayé la importancia de elaborarla con particular atención a las violaciones graves del derecho internacional humanitario en el plano *intra-estatal*.

interpretación de la cláusula compromisoria a la luz de la Convención CERD como un todo, tomando en cuenta su naturaleza jurídica y contenido material (párrs. 64-78), sobre todo para proteger los justiciables en situación de particular vulnerabilidad (párr. 185).

Al declararse sin competencia para proceder al examen de la demanda en cuanto al fondo, la CIJ, a mi juicio, dejó de valorar, desde la correcta perspectiva humanista, “los sufrimientos y las necesidades de protección de la población” victimada (*summum jus, summa injuria*) (párrs. 145-166). En mi referido Voto Disidente en el presente caso relativo a la *Aplicación de la Convención CERD*, sostuve que la cláusula compromisoria (artículo 22) de la referida Convención debe ser interpretada teniendo presentes la naturaleza y el contenido material de la referida Convención, además de su objeto y fin, como un tratado de derechos humanos (párrs. 64-118), y subrayé la necesidad apremiante de la realización de la justicia con base en aquella cláusula compromisoria; discrepé, así, de la postura voluntarista y restrictiva asumida por la mayoría de Corte en el *cas d'espèce* (párrs. 1-214).

VII. VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDAS POR LA CIJ: EL CASO A.S. DIALLO (FONDO, GUINEA VERSUS R.D. CONGO, 2010)

En el caso *A.S. Diallo* (Guinea versus R.D. Congo, Sentencia del 30.11.2010), presentado originalmente por Guinea a la CIJ en el ejercicio de la protección diplomática (inter-estatal) discrecional, en el curso del procedimiento en cuanto al fondo (etapas escrita y oral), se tornó claro, a partir de los argumentos de las propias partes litigantes, que el caso concreto se refería en realidad a la protección de los derechos humanos. Por la primera vez en su historia, la CIJ estableció violaciones disposiciones de dos tratados de derechos humanos (el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981), además del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (párrs. 64-97), como consecuencia de las detenciones de A.S. Diallo en el R.D Congo y de su expulsión del país.

Además, también por la primera vez en su historia, la CIJ se refirió expresamente a la jurisprudencia relevante de dos tribunales internacionales de derechos humanos, las Cortes Interamericana [CtIADH] y Europea [CtEDH] de Derechos Humanos (párr. 68). La CIJ, de ese modo, se movió del plano *inter-estatal*, al *intra-estatal*. En mi extenso Voto Razonado en el presente caso *A.S. Diallo*, enfatiqué la relevancia de la nueva posición asumida por la CIJ, e invoqué el *principio de humanidad* así como el principio *pro persona humana*, en la jurisprudencia de la Corte (actualmente) en evolución, en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario. Asimismo, me referí, *inter alia*, a la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (párrs. 82-92), y a la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, a partir de la pionera Opinión Consultiva n. 16 de la CtIADH (de 1999) sobre la materia (cf. *supra*), hasta la fecha, con la decisión de la CIJ en el caso *A.S. Diallo* (2010) (párrs. 158-188).

Endosé las supracitadas conclusiones de la CIJ así como su determinación de la violación del derecho individual a la información sobre la asistencia consular (artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), pero lo hice con base en el enfoque avanzado y pionero propugnado por la CtIADH en su Opinión Consultiva n. 16 sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, dando testimonio del proceso corriente de humanización del derecho consular⁹. En el mismo Voto Razonado, expresé en fin mis esperanzas de avances hacia una nueva era de adjudicación internacional de casos de derechos humanos por la CIJ (párrs. 232-245).

En mi referido Voto en el caso *A.S. Diallo*, me permití, en fin, llamar la atención para la necesidad de determinar las reparaciones en

9. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", *Chinese Journal of International Law*, vol. 6-1, 2007, p. 1-16.

casos congéneres, a partir de la perspectiva de las propias *víctimas*, los seres humanos (y no de sus Estados respectivos). El así-llamado principio *Mavrommatis*, - agregué, - parece hoy superado (párr. 205), pues pasamos decididamente del plano *inter-estatal* al *intra-estatal*, en la búsqueda de la realización de la justicia. Este desarrollo me parece verdaderamente irreversible. Con esto, - finalicé, - la CIJ demostró estar preparada para un posible advenimiento de la adjudicación internacional, por ella misma, de casos de derechos humanos (párrs. 232-245).

Muy significativamente, la propia CIJ, en el referido caso *A.S. Diallo* (Sentencia del 30.11.2010), por primera vez en su historia procedió a establecer violaciones de dos tratados de derechos humanos, a saber, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en razón de las circunstancias de las detenciones de A.S. Diallo en la R.D. Congo y de su expulsión del país). Y también por primera vez en toda su historia, la CIJ reconoció expresamente el aporte de la jurisprudencia relevante de la CtEDH y de la CtIADH en la materia tratada (párr. 68). La CIJ se movió, de ese modo, del plano *inter-estatal* al *intra-estatal*.

VIII. EL INDIVIDUO COMO BENEFICIARIO DE REPARACIONES: CASO *A.S. DIALLO* (REPARACIONES, GUINEA *VERSUS* R.D. CONGO, 2012)

En el caso *A.S. Diallo*, la CIJ procedió a la determinación de las reparaciones en la Sentencia del 19.06.2012: la CIJ ordenó reparar los daños sufridos por el Sr. A.S. Diallo como individuo (derivados de la detención y de la expulsión arbitrarias de su país de residencia), establecidos en su Sentencia anterior sobre el fondo (*supra*). Al ordenar indemnizar debidamente al Sr. A.S. Diallo, en consecuencia de los daños que sufrió (párr. 57), la CIJ tomó en cuenta - con acierto - la experiencia de otros tribunales internacionales contemporáneos en materia de reparación de daños.

Entre esos tribunales, es de particular importancia la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (en particular,

la de (en particular, las de la CtIADH y la CtEDH), - tal como busqué demostrarlo en mi Voto Razonado (párrs. 60-73), juntado a la referida Sentencia de la CIJ. Si bien estuve de acuerdo con la mayoría de ésta en cuanto a la determinación de las reparaciones, hubo algunos puntos, no totalmente reflejados en el razonamiento de la CIJ, en los cuales me concentré, a fin de clarificar el tema tratado, tal como la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional contemporáneo y, consecuentemente, como *titulaires* del derecho a la reparación por los daños sufridos (párrs. 4-101).

En mi referido Voto Razonado, sostuve además que el deber de reparación es el complemento inmediato e indispensable de un acto ilícito internacional, para hacer cesar todas las consecuencias que de ahí advienen, y asegurar el respecto por el orden jurídico internacional: hay aquí un todo indisoluble (párrs. 32-40). En el *cas d'espèce*, el sujeto del derecho a las reparaciones es el ser humano, el Sr. A.S. Diallo, y no un Estado (su Estado de origen o nacionalidad). Los individuos, al igual que los Estados y las organizaciones internacionales, son sujetos del derecho internacional. En su Sentencia del 19.06.2012, la CIJ, en la determinación de las reparaciones, fue correctamente más allá de la dimensión estrictamente interestatal.

IX. DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL: LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA OIT (2012)

La Opinión Consultiva de la CIJ, emitida en el día 01 de febrero de 2012, sobre la *Revisión de una Sentencia (n. 2867) del Tribunal Administrativo de la OIT*, confirmó la validez de aquella Sentencia, a favor de la reclamante original, Sra. Ana Teresa Sáez García, funcionaria de Naciones Unidas, cuyo contrato de trabajo (en el Mecanismo Global bajo la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación) no había sido renovado por el *International Fund for Agricultural*

Development (IFAD). La CIJ descartó el recurso del IFAD, y endosó la referida Sentencia del Tribunal Administrativo de la OIT en favor de la mencionada funcionaria de Naciones Unidas.

En mi Voto Razonado, compuesto de 15 partes, abordé cuestiones de epistemología jurídica que, a mi juicio, atañen a los fundamentos del derecho (internacional) contemporáneo así como del derecho interno de Naciones Unidas (parte I); entre ellas, sitúase la emergencia de los individuos como sujetos del derecho internacional, dotados de capacidad jurídica internacional, y su empeño en pro de la observancia del principio de la igualdad procesal (*equality of arms*) en el contencioso administrativo internacional (partes II-III). La dificultades encontradas en el *cas d'espèce* por la reclamante original, Sra. Ana Teresa Sáez García, al tener que tramitar sus argumentos ante la CIJ a través de la parte contraria, el IFAD, trajeron a colación - señalé - la aplicación del principio de la buena administración de la justicia (parte IV). Solamente el IFAD podía recurrir de una decisión (favorable a la reclamante original) del Tribunal Administrativo de la OIT, y solamente el IFAD tenía acceso jurídico a la CIJ; esto implicaba, en mi entender, una doble desigualdad procesal (parte V).

Este problema ya había conllevado a la extinción, en 1995, del procedimiento congénere ante el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (UNAT), pero persistía hasta la fecha el procedimiento (*supra*) marcado por la desigualdad, ante el Tribunal Administrativo de la OIT (ILOAT); en el presente caso, esto llevó la propia Secretaría de la CIJ a intervenir dos veces, para asegurar la buena administración de la justicia (parte VI). Este problema, - proseguí, - ha persistido por más de medio siglo (56 años), en detrimento de los individuos, “sujetos del derecho administrativo internacional, o del derecho de Naciones Unidas” (parte VII). Procedí entonces a una revisión de los cinco episodios en que aquel procedimiento en cuestión fue accionado ante la CIJ (en 1954, 1956, 1973, 1982 y 1987), anteriormente a la presente Opinión Consultiva, presentando la misma desigualdad, y pareciendo desafiar el pasar del tiempo, como los juspositivistas tienen la vana pretensión de hacer.

El resultado ha sido un procedimiento fosilizado, prehistórico, basado en el dogma anacrónico de que los individuos no pueden comparecer ante la CIJ, porque no son por esta considerados como sujetos del derecho internacional; tal procedimiento desafía el sentido común, y es una reliquia del pasado, criticado inclusive por algunos de los Jueces mis predecesores en la CIJ, y se ha mantenido hasta hoy día por fuerza de la inercia mental. Además, en mi entender, el subterfugio utilizado por la CIJ de no realizar audiencias públicas para “contornar” el problema de la notoria desigualdad procesal, es “extremamente insatisfactorio”, y representa no una solución, sino más bien una “capitulación frente a un problema persistente” (parte VIII).

A mi juicio, - continué, - había que tomar en cuenta los avances del *jus gentium* contemporáneo en el sentido de la consolidación de los individuos como sujetos del derecho internacional (a ser dotados de *locus standi in judicio* y de *jus standi*), de modo a garantizar su acceso a la justicia (abarcando la igualdad procesal), para asegurar la correcta operación, en nuestros días y en el futuro, de las jurisdicciones administrativas internacionales (parte IX). Ésto, a mi juicio, estaría en conformidad con el legado de los escritos de los “fundadores” del derecho de gentes (F. Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff, C. Bynkershoek), sobre los sujetos del *jus gentium*.

Desarrollos doctrinales subsiguientes, y el advenimiento de jurisdicciones internacionales permanentes (como el de la Corte Centroamericana de Justicia en 1907), trascendieron un enfoque puramente interestatal del contencioso internacional. Agregué que, hoy día, con la coexistencia de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, - a las cuales se ha sumado recientemente la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, - su operación (a lo largo de una gradual y amplia evolución) da testimonio de la capacidad jurídica internacional de los individuos, como sujetos del derecho internacional. En realidad, los individuos han estado en contacto directo con el orden jurídico internacional ya por décadas (cf., v.g., CPJI, Opinión Consultiva sobre la *Jurisdicción de los Tribunales de Dantzig*, 1928), como en los experimentos de las minorías y de los mandatos bajo la Liga o Sociedad de Naciones, y de tutela y de los territorios-sin-go-

bierno-propio, además de los múltiples instrumentos - convencionales y extra-convencionales - de protección de los derechos humanos en la era de las Naciones Unidas.

La opción hecha, en 1920, por el Comité Consultivo de Juristas, de sólo reconocer el *status* de los Estados ante la CPJI (seguida por la CIJ), - agregué, - fue pronta y fuertemente criticada en la doctrina, y se estratificó con el pasar del tiempo en el Estatuto de la CIJ, que sigue ignorando dogmática e indebidamente la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional. Sin embargo, muchos de los casos traídos a su conocimiento, - que me permití recordar en mi presente Voto, - se han referido a la situación concreta de individuos o grupos de individuos afectados, y no a cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes *inter se*. Ejemplos más recientes en este sentido encuéntrase en los casos *A.S. Diallo* (2010), *Georgia versus Rusia* (2010), *Cambodia versus Tailandia* (2011), y la anterior Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (2010). Así, la artificialidad del enfoque exclusivamente interestatal de la CIJ es manifiesta (parte XII).

Además, recordé que, ya a mediados de la década de los cincuenta, el Secretario General de Naciones Unidas (Dag Hammarskjöld) alertó (en un *Memorandum* de 1955) para la necesidad de divisar un procedimiento equitativo ante la CIJ, con “la posible participación de los individuos” como *sujetos de derechos*. De mi parte, sostuve firmemente “el imperativo de asegurar la igualdad de las partes” en el procedimiento en cuestión (del tipo de las “*review procedures*”). Al invocar el *principe du contradictoire*, recordé el legado de la jurisprudencia relevante de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos (parte XIII).

Para garantizar dicha igualdad procesal (como componente del derecho de acceso a la justicia), subrayé la necesidad de asegurar el *locus standi in judicio* y el *jus standi* de los individuos ante tribunales internacionales, “inclusive la CIJ” (parte XIV). El dogma obsoleto seguido por la CIJ ya no más se sostiene, - proseguí, - al impedir que un funcionario

de Naciones Unidas comparezca ante la CIJ para presentar sus propios argumentos en un asunto que directamente le concierne. Una revisión de su dogmatismo así se impone, sobre todo en una época, como la presente¹⁰, del *rule of law* en los planos nacional e internacional, en la cual se debe asegurar la participación de los individuos en *review procedures* como la del *cas d'espèce*, para respetar los principios del *contradictoire*, y de la *bonne administration de la justice* (parte XV).

Esto es, además, a mi juicio, lógico, por cuanto a la personalidad jurídica internacional de las partes debe corresponder su plena capacidad jurídica para vindicar sus derechos ante la Corte. Asimismo, su participación pública en el procedimiento ante la Corte reconoce el derecho de libre expresión de las propias partes litigantes, al proporcionarles la oportunidad de actuar como verdaderos sujetos de derecho. Esto asegura a aquellos que se sienten victimados, y están en búsqueda de justicia, una forma de reparación, al contribuir directamente - con su participación - a la pacífica reconstrucción y a la determinación de los hechos por la propia Corte. Todas estas consideraciones tornan la temática en cuestión, en mi percepción, propia para una más cuidadosa consideración, de aquí en adelante. Al concluir, ponderaré que, una vez que la CIJ debe desempeñar sus funciones en la altura de los desafíos de la actualidad, como la Corte Internacional *de Justicia*, debe ella en fin reconocer

10. Hoy día, la solución de controversias internacionales (inclusive por la CIJ) no más se limita a las que ocurren a nivel *inter*-estatal, pero abarca también las que tienen lugar a nivel *intra*-estatal; además, es alentador verificar que existen hoy tribunales internacionales - tales como los tribunales internacionales de derechos humanos, y los tribunales penales internacionales, - que buscan solucionar también estas últimas, ampliando así el marco de la propia solución de controversias (K. Oellers-Frahm, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions", *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 69), en la medida en que, más allá de ésta, también *dicen lo que es el Derecho*. Así, en nada sorprende identificar, en la bibliografía especializada contemporánea, una creciente atención a la actuación legiferante (*law-making*) de los tribunales internacionales contemporáneos; cf., v.g., A. von Bogdandy e I. Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 979-1003; M. Fynys, "Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights", *in ibid.*, pp. 1231-1259.

que los individuos son efectivamente sujetos del derecho internacional, del *jus gentium* de nuestros tiempos.

X. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA TORTURA Y EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: EL CASO DE BÉLGICA VERSUS SENEGAL (FONDO, 2012)

En su reciente Sentencia (del 20.07.2012) en el fondo del caso atinente a *Cuestiones Relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal), la CIJ estableció violaciones de los artículos 6(2) y 7(1) de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT, 1984), afirmó la necesidad de tomar prontas medidas para el cumplimiento del deber de enjuiciamiento bajo aquella Convención, - además de correctamente señalar que la prohibición absoluta de la tortura es de *jus cogens* (párr. 99). En la ocasión, presenté mi Voto Razonado en el cual señalé las razones que me llevaron a apoyar la mayoría de las conclusiones de la Corte, aunque avanzando un razonamiento distinto en relación a dos puntos en particular, a saber, la jurisdicción de la Corte en relación con obligaciones bajo el derecho internacional consuetudinario, y el tratamiento del factor temporal bajo la Convención CAT.

En los planos conceptual y epistemológico, mis reflexiones se han concentrado en: a) la urgencia y las necesarias medidas provisionales de protección en el *cas d'espèce*; b) el reconocimiento de la prohibición absoluta de la tortura en el dominio del *jus cogens*; c) las obligaciones *erga omnes partes* bajo la Convención CAT; d) la gravedad de las violaciones de derechos humanos y la ineludible lucha contra la impunidad (en el propio derecho de las Naciones Unidas); e) las obligaciones bajo el derecho internacional consuetudinario; y f) el *décalage* entre el tiempo de la justicia humana y el tiempo de los seres humanos revisitado (y la necesidad de hacer que el tiempo opere *pro victima*). En seguida, procedí a: a) una refutación de una interpretación regresiva de la Convención CAT; y b) la identificación de la posible emergencia de un nuevo capítulo en la justicia restaurativa, con atención concentrada en la relevancia de la realización de la justicia para la rehabilitación de las víctimas.

El *Informe* de la Comisión de la Verdad del Chade, concluido en mayo de 1992 y publicado (con una serie de recomendaciones) en 1993, relata el mecanismo de represión montado por el régimen Habré en Chade (1982-1990). Víctimas eran arbitrariamente detenidas por agentes de seguridad (de la DDS), sin mandato para esto, y sin saber por qué, en medio a una sucesión de casos de ejecuciones sumarias o extra-judiciales, y de masacres. El mismo *Informe* examinó circunstancias agravantes de la opresión del régimen Habré, particularmente la *intencionalidad* de las atrocidades perpetradas.

Los prolongados esfuerzos de las víctimas, por muchos años, en búsqueda de la realización de la justicia en el presente caso (párrs. 52-61), en relación con violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario durante el régimen Habré (1982-1990), comprenden acciones legales ante tribunales nacionales (en Dakar y Bruselas), solicitudes de extradición (a nivel inter-estatal Bélgica/Senegal), entre otras iniciativas a nivel internacional (incluyendo las del *rapporteur* de la Convención contra la Tortura (CAT) y del Alto-Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], así como de entidades de la sociedad civil africana).

Es lamentable que hayan tenido que esperar por tanto tiempo por la realización de la justicia, y aún más por tratarse de violaciones de los derechos humanos referentes a la prohibición absoluta de la tortura (artículos 5-7 de la Convención CAT, una prohibición que ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párrs. 44-51 y 82-103). En cuanto a la alentadora afirmación por la CIJ de la prohibición absoluta de la tortura como siendo del *jus cogens* (párr. 99), - la cual apoyé con firmeza, - me permití ir más allá que la Corte, en relación con lo que percibí como la necesidad apremiante de extraer de ahí las consecuencias jurídicas, lo que la CIJ dejó de hacer.

La referida prohibición, propia del *jus cogens* (párrs. 183-184), genera obligaciones *erga omnes partes*, y tiene implicaciones para la lucha perene contra la impunidad y las reparaciones debidas a las víctimas (párrs. 104-108). Los Estados Partes en la Convención CAT tienen el “*intérêt pour agir*”, teniendo presente la gravedad de las violaciones de

la normativa de la por los propios Estados Partes, - como ilustrado por el presente caso en relación con la Convención CAT.

Así, a las violaciones *graves* originales de derechos humanos, ha seguido una violación adicional: la *situación continuada* de la falta de acceso a la justicia por parte de las víctimas, y la impunidad de los perpetradores de tortura (y sus cómplices). Esta situación continuada ilegal viola la Convención CAT y el derecho internacional consuetudinario; ha que hacer el tiempo operar *pro persona humana, pro victima* (párrs. 154-168 y 176). Además, en mi entendimiento, las obligaciones estatales, - bajo las Convenciones de derechos humanos, - de prevención, investigación y sanción de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, - no son simples obligaciones de conducta, sino más bien obligaciones de resultado. Si las obligaciones correspondientes del Estado en tal situación no fuesen de resultado, sino de mera conducta, las puertas quedarían abiertas a la impunidad.

Aquí, hay que tener presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas. La situación continuada de injusticia prevaleciente, prolongada en el tiempo (párrs. 145-153), deja a las víctimas de violaciones graves de sus derechos fundamentales (tal como la tortura) en un estado de indefensión, si no de desesperación. Solamente a través de su acceso a la justicia *lato sensu* (como una cuestión de *jus cogens*) podrán las víctimas quizás recuperar la fe en la justicia humana¹¹. La realización de la justicia como una forma de reparación es, así, esencial a la rehabilitación de las víctimas. Tal rehabilitación juega aquí un rol importante, trayendo a colación una visión renovada de la justicia restaurativa.

En última instancia, ultrapasamos aquí el enfoque tradicional interestatal, atribuyendo una posición central a los individuos victimados, y no a sus Estados. En esta segunda década del siglo XXI, - y después de una muy larga historia, - el principio de la jurisdicción universal, tal como consignado en la Convención CAT (artículos 5(2) y 7(1)), parece

11. Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

inspirado por el ideal de una justicia universal, sin límites en el tiempo (pasado o futuro) ni en el espacio (siendo transfronterizo). Además, trasciende la dimensión interestatal, pues busca salvaguardar no los intereses de Estados individuales, sino más bien los valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo.

XI. LAS INMUNIDADES DEL ESTADO FRENTE A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE SUJECCIÓN A TRABAJO FORZADO Y MASACRES: EL CASO DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO (ALEMANIA VERSUS ITALIA, CON INTERVENCIÓN DE GRECIA, SENTENCIA DE LA CIJ DEL 03.02.2012) Y DISIDENCIA

1. EL PROCEDIMIENTO Y LA SENTENCIA.

El día 23 de diciembre de 2008, Alemania interpuso una demanda contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), con base en el artículo 1 de la Convención Europea sobre Solución Pacífica de Controversias (1957), alegando falta de respeto por parte del poder judicial italiano de sus inmunidades jurisdiccionales “como Estado soberano”. Alemania se refirió a una serie de decisiones de los tribunales italianos, que alcanzaron su punto “crítico” en la Sentencia de la *Corte di Cassazione* del 11.03.2004 en el caso *Ferrini*, atinente a reparaciones a una persona (un italiano) que había sido sometida a trabajo forzado, durante la II guerra mundial, en la industria bélica alemana.

La Sentencia *Ferrini* fue confirmada en otras decisiones, de mayo y octubre de 2008, del poder judicial italiano. Asimismo, reclamó Alemania de intentos, por parte de nacionales griegos, de buscar la ejecución (en Italia) de una Sentencia de la Corte Suprema griega, favorable a ellos, de reparaciones por una masacre perpetrada en Distomo, Grecia, por las tropas nazistas, en 1944. Alemania solicitó a la CIJ que determinara el comprometimiento de la responsabilidad internacional de Italia, como consecuencia de las sentencias de sus tribunales nacionales y por permitir que se buscara ejecutar las sentencias de los tribunales griegos.

Todas estas sentencias (italianas y griegas) reconocieron el derecho a reparaciones de las personas victimadas por las atrocidades nazistas en la II guerra mundial, - sea las sometidas a trabajo forzado o esclavo en pobreza extrema en la industria bélica alemana (en 1943-1945), sea las victimadas por masacres perpetradas por las tropas nazistas (como los de Distomo en Grecia, y de Civitella en Italia, ambas en 1944). Las víctimas ya habían intentado - en vano - obtener reparaciones ante el poder judicial alemán. El trámite del caso ante la CIJ (2009-2012) fue marcado por dos incidentes procesales significativos, que resultaron en dos *Ordonnances* de la CIJ, respectivamente, del 06.07.2010, sobre una demanda reconvenicional de Italia, y del 04.07.2011, sobre una solicitud de intervención por parte de Grecia.

En la primera *Ordonnance*, la CIJ rechazó sumariamente la demanda reconvenicional de Italia por “inadmisibile”, la cual buscaba relacionar la demanda alemana de inmunidad estatal con su propia demanda de reparaciones por crímenes de guerra. En mi Voto Disidente solitario, me opuse a la decisión de la Corte por su falta de fundamentación jurídica y por haber sido tomada sin audiencia pública previa; al recordar todo el histórico de los *counter-claims* en la doctrina jurídica, ponderé que la demanda original y la demanda reconvenicional deben recibir el mismo tratamiento, y que la consecuencia de la sucinta y precipitada decisión de la mayoría de la Corte la conllevaría a considerar la inmunidad estatal en un *vacuum*, *in abstracto*. Además, la decisión de la mayoría, tal como tomada, a mi juicio no estuvo conforme a los principios del contradictorio y de la buena administración de la justicia, y dejó de asegurar la igualdad procesal de las partes¹².

12. Posteriormente, reiteré, más ampliamente, mi firme posición en pro de la primacía del derecho de acceso a la justicia (inclusive en relación con la invocación indebida de las inmunidades del Estado en casos de violaciones *graves* de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario), en mi extenso Voto Disidente (párrs. 1-316) en la Sentencia de fondo (del 03.02.2012) de la CIJ en el caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, Grecia interviniendo – cf. *infra*). Los seres humanos tienen el *derecho al Derecho*, a la realización de la justicia; la reivindicación de sus derechos, - que les son inherentes, - no puede ser objeto de “renuncia” por parte de los Estados.

Además, - proseguí en mi Voto Disidente en la referida *Ordonnance* del 06.07.2010, - la mayoría de la Corte no tomó en cuenta la noción de “situación continuada” (de denegación de justicia), y se olvidó de que los Estados no pueden renunciar a reivindicaciones de derechos que no son los suyos, sino más bien inherentes a los seres humanos victimados, - tal como el derecho a no ser deportado para ser sometido a trabajo forzado (como ocurrido en la II guerra mundial, en Alemania nazista, de 1943 a 1945). La inobservancia de dicho derecho (entre otros derechos fundamentales) acarrea violaciones flagrantes del *jus cogens* (violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario).

En mi referido Voto Disidente (párrs. 124-153 y 178-179), examiné, en perspectiva histórica, la evolución de la consolidación y la ampliación del contenido material del *jus cogens*, en sus manifestaciones en los planos normativo, jurisprudencial y doctrinal. Al oponerme a la posición voluntarista-positivista (con énfasis en la voluntad del Estado), advertí asimismo que no se puede seguir intentando mantener un orden jurídico internacional por encima del sufrimiento de las gentes; mucho antes de la II guerra mundial, - advertí, - ya se sabía claramente que la deportación para someter personas a trabajo forzado en condiciones infra-humanas y de pobreza extrema constituía un crimen internacional. Por encima de la voluntad, - concluyó, - está la conciencia, como fuente *material* última del derecho de gentes y de todo el Derecho, removiendo la injusticia manifiesta.

En la segunda *Ordonnance*, del 04.07.2011, la CIJ otorgó permisión a Grecia para intervenir como no-parte en el presente caso, en relación con “las decisiones de los tribunales griegos”. En mi Voto Razonado, endosé dicha *Ordonnance* de la Corte, dado el “interés jurídico” demostrado por Grecia en el presente caso, e inclusive dado el hecho de que Alemania, en su demanda contra Italia, invocó expresamente las sentencias de los tribunales griegos. En el referido Voto Razonado, además de proceder a un análisis de las Sentencias pertinentes de 1997, 2000 y 2002 de los tribunales griegos (con atención especial al caso de la *masacre de Distomo*), examiné la *titularidad* de

derechos de los individuos contrapuesta a la de los Estados, los límites al consentimiento de los Estados ante los imperativos del *jus cogens*, y la significación de la *ressurrectio* de la intervención en el presente procedimiento, trascendiendo la visión tradicional (de cuño arbitral) inter-estatal y orientándose hacia un derecho internacional *universal*.

Las audiencias públicas se realizaron del 12 al 16.12.2011, cuando Alemania, Italia y Grecia presentaron a la CIJ sus argumentos orales. En las audiencias, tuve la ocasión de dirigir una serie de cuestiones a las partes (Alemania e Italia) así como al interviniente (Grecia), quienes presentaron sus respuestas días después, por escrito (cf. *infra*). El 03.02.2012, la CIJ emitió su Sentencia en cuanto al fondo del caso. La Corte decidió, aún ante las graves circunstancias del caso en sus orígenes factuales (los crímenes del Tercer *Reich* en la II guerra mundial, en el período de 1943-1945), que Italia violó las inmunidades soberanas de Alemania en consecuencia de las sentencias de los tribunales italianos (en favor de las víctimas, dándoles acceso a la justicia), y por tornar posible la implementación de las decisiones de los tribunales griegos (también en favor de las víctimas, dándoles igualmente acceso a la justicia), aún tratándose de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Además, la CIJ ordenó que Italia tornara sin efecto (por medios legislativos u otros), las decisiones de sus propios tribunales, y otros (en favor de las víctimas, dándoles acceso a la justicia), de modo a asegurar el respeto de las inmunidades soberanas de Alemania. Me vi así en la obligación de presentar un extenso y contundente Voto Disidente.

2. LA DISIDENCIA.

En mi nuevo Voto Disidente (en cuanto a la Sentencia de fondo), compuesto de 27 partes, empecé por identificar el marco general de la solución de una controversia del tipo de la presente (parte I), sometida al juicio de la CIJ, e ineludiblemente vinculada al imperativo de la *realización de la justicia*; en efecto, dicha solución debe basarse en *consideraciones básicas de humanidad*, frente a las graves violaciones

de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se encuentran en los orígenes factuales del *cas d'espèce*. En seguida, en cuanto a la dimensión intertemporal (parte II), sostuve la necesidad de examinar la materia en juicio teniendo presente la evolución del derecho; aún frente al rechazo, por la mayoría (y con su disidencia), de la demanda reconvenicional de Italia (cf. *supra*), las partes continuaron a referirse, a lo largo de todo el proceso (etapas escrita y oral) ante la Corte, a los hechos históricos que dieron origen al *cas d'espèce*, dando muestra - tal como afirmado en mi disidencia anterior - de que las inmunidades del Estado no pueden ser consideradas en un *vacuum*, pues están estrechamente vinculadas a las reivindicaciones de reparaciones por crímenes de guerra, por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (parte III). Además, en el curso del procedimiento ante la Corte, la propia Alemania reconoció expresamente su responsabilidad internacional, por los crímenes practicados por el Tercer Reich durante la II guerra mundial (part IV).

A continuación, recordé algunos desarrollos doctrinales (parte V) de una generación de juristas que conoció los horrores de dos guerras mundiales en el siglo XX, y que fueron elaborados no a partir de un prisma centrado en el Estado (*State-centric*), sino más bien a partir de un enfoque centrado en valores fundamentales y en la persona humana, de conformidad con los orígenes del *droit des gens*. También abordé los desarrollos doctrinales en asociaciones como el *Institut de Droit International* y la *International Law Association*. Se desprende de dichos desarrollos doctrinales, - agregué, - que las inmunidades del Estado son una prerrogativa o un privilegio, que no puede seguir haciendo abstracción de la evolución del derecho internacional, que hoy día ocurre a la luz de *valores humanos fundamentales*.

En mi entendimiento, la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia debe ser correctamente resuelta en favor de este último, particularmente en casos de crímenes internacionales (parte VI). Hay que tener presentes los imperativos de la realización de la justicia, combatiendo así la impunidad y evitando la repetición de

dichos crímenes en el futuro. El test de la *gravedad* de las violaciones ocurridas (independientemente de quién las cometió, aún a servicio de políticas criminales del Estado) remueve cualquier obstáculo a la jurisdicción, en la búsqueda de la reparación a ser prestada a los individuos victimados (parte VII). A mi juicio, los Estados no pueden simplemente renunciar a derechos que no son los suyos, pero que son inherentes a los seres humanos; los intentos de “renuncia” a estos derechos por parte del Estado son contrarios al *ordre public* internacional, y son desprovistos de cualesquiera efectos jurídicos (parte VIII). Ésto lo reconoce la propia *conciencia jurídica universal*, la fuente *material* última de todo el Derecho.

Al identificar, - como he buscado hacerlo en mis escritos, - la fuente *material* última del Derecho en la conciencia humana, la conciencia jurídica universal, - a la par de las “fuentes” formales, - estamos frente a la concepción humanista, que sostengo, del propio Derecho Internacional, del derecho de gentes (*droit des gens*)¹³. La concepción humanista del propio ordenamiento jurídico internacional es ineludible, inclusive para superar las resistencias e incomprensiones presentes y reincidentes en el seno de las sociedades nacionales, - sobre todo los medios sociales confrontados con regímenes represivos, - y buscar evitar los abusos del pasado.

Sólo así se avanzará hacia un mundo más justo. No hay cómo hacer abstracción de los seres humanos, destinatarios últimos de las normas del derecho de gentes (*droit des gens*), titulares de derechos emanados directamente del Derecho Internacional. En mi entendimiento, los seres humanos son efectivamente sujetos del Derecho Internacional, dotados

13. En mi anterior Voto Disidente en el presente caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, Demanda Reconvenicional, *Ordonnance* del 06.07.2010), - de fundamental importancia para el presente y el futuro del Derecho Internacional, - me permití advertir que, en definitiva: - “No se puede construir (e intentar mantener) un orden jurídico internacional por encima del sufrimiento de los seres humanos, sobre el silencio de los inocentes destinados al olvido. (...) Por encima de la voluntad encuéntrase la conciencia, la cual es, al fin y al cabo, la que mueve el Derecho adelante, como su última fuente *material*, descartando la injusticia manifiesta” (párr. 179).

de personalidad jurídica internacional. No hay cómo eludir la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional, ni siquiera en el contencioso inter-estatal clásico, propio de la Corte de La Haya. Este desarrollo, además de alentador en la búsqueda de la *realización de la justicia* en los planos, a un tiempo, nacional e internacional, me parece, además, irreversible, dado el despertar de la consciencia humana para su necesidad.

En mi Voto Disidente en la Sentencia de fondo (del 03.02.2012) en el presente caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, Grecia interviniendo), busqué demostrar, a continuación, que, bien antes de la II guerra mundial, la deportación para sujeción a trabajo forzado (como una forma de trabajo esclavo) ya era prohibida por el derecho internacional. En el plano normativo, dicha prohibición figuraba ya en la II Convención de La Haya de 1907 y en la Convención de la OIT sobre Trabajo Forzado de 1930. Dicha prohibición era reconocida en trabajos de codificación de la época, y pasó a contar con reconocimiento judicial.

Del mismo modo, el derecho a la reparación por crímenes de guerra era también reconocido, ya bien antes de la II guerra mundial, v.g., en la IV Convención de La Haya de 1907 (parte XII). Lo que desestabiliza el orden jurídico internacional son los crímenes internacionales (seguidos de *cover-up* e impunidad), y no la búsqueda de justicia por parte de los individuos victimados (partes X y XIII). Cuando un Estado adopta una política criminal de exterminar segmentos de su propia población, y de la población de otros Estados, no puede situarse por detrás del escudo de las inmunidades soberanas, las cuales jamás fueron concebidas para este fin.

Procedí entonces a una revisión de todas las respuestas de las partes litigantes (Alemania e Italia), así como del Estado interviniente (Grecia), a las cuestiones por mi formuladas a ellos al final de las audiencias públicas ante la Corte, el 16.09.2011 (parte XI). Sostuve que violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, constituyendo crímenes internacionales,

son actos anti-jurídicos, violaciones del *jus cogens*, que no pueden simplemente ser removidas o lanzadas en el olvido con base en la inmunidad estatal (partes XII-XIII). En seguida, pasé en revista la tensión prevaleciente, en la jurisprudencia tanto internacional como nacional, entre la inmunidad estatal y el derecho de las víctimas de acceso a la justicia (parte XIV), dando mayor peso a este último, en la era actual del *rule of law* en los planos nacional e internacional (tal como reconocida por la propia Asamblea General de Naciones Unidas). Asimismo, descarté la distinción tradicional y superada entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii* como irrelevante en el presente caso. En su entendimiento, crímenes internacionales perpetrados por Estado (tales como los cometidos por el Tercer Reich en la II guerra mundial) no son actos *jure gestionis*, ni tampoco actos *jure imperii*; son crímenes, *delicta imperii*, para los cuales no hay inmunidad alguna (parte XV).

Cabe trascender al enfoque estrictamente inter-estatal del pasado, y reconocer la presencia de la persona humana en el *droit des gens* (parte XVI), evitando así la impunidad; la inmunidad (por su propio origen etimológico) es tan sólo una “prerrogativa” del Estado, la cual no puede remover la jurisdicción en casos de crímenes internacionales, de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en los cuales la primacía cabe a los derechos de las víctimas, inclusive contra su propio Estado (parte XVII). Los individuos son titulares de derechos y portadores de obligaciones que emanan *directamente* del derecho internacional.

Desarrollos convergentes, en las últimas décadas, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y del derecho internacional de los refugiados, dan testimonio inequívoco de esto. No hay inmunidades para crímenes contra la humanidad (partes XVIII-XIX). En casos de *delicta imperii*, - agregué, - no puede haber renuncia al derecho individual de acceso a la justicia, abarcando el derecho a la reparación por las violaciones graves de los derechos inherentes al individuo como persona humana. Sin aquel derecho, simplemente no hay un sistema jurídico; estamos aquí en el dominio del *jus cogens*.

Por consiguiente, a mi juicio, no hay inmunidades del Estado para *delicta imperii*, tales como las masacres de civiles en situaciones de indefensión (v.g., la masacre de Distomo, en Grecia, y la masacre de Civitella, en Italia, ambas en 1944), o la deportación y sujeción a trabajo forzado en la industria bélica (v.g., en 1943-1945) (parte XVIII). No importa si dichas violaciones graves fueron gubernamentales, o privadas con la aquiescencia del Estado, ni si fueron cometidas enteramente en el Estado del *forum* o no (la deportación para trabajo forzado es un crimen transfronterizo); se impone aquí la *realización de la justicia*, y la inmunidad estatal no puede ser invocada como obstáculo a ella, tratándose de violaciones graves de los derechos fundamentales de la persona humana.

En seguida, sostuve que el *derecho de acceso a la justicia lato sensu* abarca no solamente el acceso formal a la justicia (el derecho de iniciar procedimientos legales), por medio de un recurso efectivo, sino también las garantías del debido proceso legal (con la igualdad procesal, conformando un juicio justo (*procès équitable*), hasta la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución, mediante la reparación debida (parte XIX). La jurisprudencia internacional contemporánea – recordé – contiene elementos en este sentido, apuntando hacia el *jus cogens* (partes XX-XXI). La propia realización de la justicia es, en sí misma, una forma de reparación, asegurando la *satisfacción* a la víctima.

De ese modo, los victimados por la opresión tienen su *derecho al Derecho (droit au Droit)* debidamente vindicado (parte XXII). En el propio dominio de las inmunidades del Estado, - proseguí, - ha habido reconocimiento de los cambios por él sufridos, en el sentido de restringir o descartar tales inmunidades, en caso de violaciones graves, y dado el advenimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con atención centrada en el derecho de acceso a la justicia y la responsabilidad internacional, sosteniendo el deber estatal de reparación a las víctimas de violaciones como una obligación bajo el derecho internacional consuetudinario y conforme a un principio general fundamental de derecho (parte XXII).

En efecto, - agregué, - admitir la remoción de la inmunidad estatal en el ámbito de las relaciones comerciales, o en relación con delitos como en accidentes de tránsito, y al mismo tiempo insistir en salvaguardar los Estados con inmunidad en casos de perpetración de crímenes internacionales - marcados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, - en aplicación de políticas (criminales) del Estado, conlleva, en mi entender, a un verdadero absurdo jurídico. En casos de tamaña gravedad como el presente, oponiendo Alemania a Italia (con Grecia interviniendo), - acrecenté, - el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* hay que ser abordado con atención centrada en su esencia, más bien como un derecho *fundamental* (como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y no a partir de “limitaciones” al mismo, permisibles o implícitas (como en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos).

En mi entender, violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario corresponden a violaciones del *jus cogens*, acarreando la responsabilidad del Estado y el derecho de reparación a las víctimas (partes XXI y XXIII). Encuéntrase esto en conformidad, - proseguí, - con la idea de *rectitud* (en conformidad con la *recta ratio* del derecho natural), subyacente a la concepción del Derecho (en distintos sistemas jurídicos - *Recht / Diritto / Droit / Direito / Derecho / Right*) como un todo (parte XXIII).

A continuación, pasé a examinar el derecho de las víctimas a la reparación, el complemento indispensable de las violaciones graves del derecho internacional que les causaron danos. Este *todo indisoluble*, de violaciones y reparaciones, - acrecenté, - encuéntrase reconocido en la *jurisprudencia constante* de la propia Corte de La Haya (CPJI y CIJ), y la incidencia equivocadamente presumida de la inmunidad estatal no puede aquí deshacer aquel todo indisoluble. Es infundado presumir que el régimen de reparaciones por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se agotaría a nivel inter-estatal, en detrimento de los individuos que sufrieron las consecuencias de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

El expediente del presente caso, - señalé, - deja claro que hubo “*Italian Military Internees*” (IMIs, i.e., soldados que habían sido aprisionados y tuvieron negado su *status* de prisioneros de guerra), - que fueron enviados, juntamente con civiles, al trabajo forzado en la industria bélica alemana (en 1943-1945), - víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que efectivamente han sido dejados sin reparación hasta el presente (no obstante los dos Acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia).

La propia Alemania admite que hay “IMIs” que no han recibido reparación, en consecuencia de una interpretación (con base en un dictamen de un perito) dada a la ley alemana de 2000 sobre la Fundación “*Remembrance, Responsibility and Future*”. Los “IMIs” que no recibieron reparación alguna sufrieron, así, en mi entender, una doble injusticia: en primer lugar, cuando hubieron podido beneficiarse del *status* de prisioneros de guerra, tal *status* les fue negado; y ahora que buscan reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario de que fueron víctimas (inclusive la violación de haberles negado el *status* de prisioneros de guerra), pasan a ser tratados como prisioneros de guerra (parte XXV); ya es demasiado tarde para considerarlos como tales, y, peor aún, para negarles reparación.

Deberían haber sido considerados como tales durante la II guerra mundial y en su término, para el propósito de protección, pero no lo fueron. No se puede dejar sin reparación a las víctimas de las atrocidades estatales de la Alemania nazi. La inmunidad estatal no puede servir de obstáculo a la jurisdicción, en circunstancias como las presentes, ni tampoco a la realización de la justicia. Esta última debe ser preservada, de modo a posibilitar a las víctimas buscar y obtener las reparaciones por los crímenes que sufrieron.

La *realización de la justicia* es, en efecto, *per se*, una forma de reparación (satisfacción) a las víctimas. Es la reacción del Derecho a aquellas graves violaciones, conllevando al dominio del *jus cogens*. En mi concepción, a través de la *reparatio* (del término latino *reparare*, “disponer de nuevo”), el Derecho interviene para hacer cesar los efectos

de sus violaciones, y asegurar la no-repetición de los actos lesivos. La *reparatio* no pone un fin a las violaciones de los derechos humanos ya perpetradas, pero, al hacer cesar sus efectos, por lo menos evita el agravamiento del daño ya causado (sea por la indiferencia del medio social, sea por la impunidad o por el olvido). La *reparatio*, - en mi entendimiento, - tiene un doble sentido: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, y, al mismo tiempo, restablece el orden jurídico quebrado por aquellas violaciones, - un orden jurídico erigido con base en el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los actos lesivos.

En seguida, pasé a sostener, en mi Voto Disidente, la primacía del *jus cogens*, y a presentar mis reflexiones como réplica a su desconstrucción (por la decisión de la mayoría - parte XXVI). En mi entender, la mayoría partió de una presunción formalista y equivocada de la ausencia de un conflicto entre reglas “procesales” y “sustantivas”, privando indebidamente al *jus cogens* de sus efectos y consecuencias legales. De hecho, un conflicto material *existe*, y a mi juicio es lamentable intentar negarlo a partir de una aserción meramente formalista. En mi entendimiento, no puede haber la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado, y deportación de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajo forzado o esclavo; trátase de violaciones graves del *jus cogens*, para las cuales no hay inmunidades.

No se puede examinar y decidir casos como éste, - agregué, - que revelan tales violaciones graves, sin una cuidadosa atención a *valores humanos fundamentales*. Al contrario de lo que presupone el positivismo jurídico, el derecho y la ética encuéntrase inevitablemente interligados, y esto hay que ser tomado en cuenta para una fiel realización de la justicia, en los planos nacional e internacional. Los principios que aquí ocupan una posición central son, - en mi percepción, - el principio de humanidad y el principio de la dignidad humana. No se puede situar indebidamente la inmunidad estatal por encima de la responsabilidad

del Estado por crímenes internacionales y su inevitable complemento, el deber del Estado responsable de reparación a las víctimas.

La posición opuesta, indiferente a tales valores (adoptada por la mayoría), deriva de un ejercicio factual empírico de identificación de la jurisprudencia incongruente de tribunales nacionales y de la práctica inconsistente de unas pocas legislaciones nacionales sobre la materia en examen. Este ejercicio es típico de la metodología del positivismo jurídico, muy atenta a los hechos y olvidándose de los valores. Aún bajo este prisma, el examen de las decisiones de los tribunales nacionales, - agregué, - no conlleva a concluir que se aplicaría la inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales. Trátase - en mi percepción - de ejercicios positivistas acarreado la fosilización del derecho internacional, y revelando su subdesarrollo persistente, en lugar de su desarrollo progresivo, como sería de esperarse.

Hay, pues, así, un conflicto material, aunque no fácilmente y *prima facie* discernible, a partir de un enfoque formalista; es del todo lamentable embarcar, como lo ha hecho la mayoría, en una desconstrucción infundada del *jus cogens*, privando a este último de sus efectos y consecuencias jurídicas. Añadí que no es esta la primera vez que esto ocurre; ha acontecido anteriormente, e.g., en la década pasada, en las Sentencias de la Corte en los casos de la *Orden de Prisión* (2002) y de las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (R.D. Congo versus Ruanda, 2006), recordadas por la CIJ con aprobación en la presente Sentencia. A mi juicio, ya es tiempo de dar al *jus cogens* toda la atención que él requiere y merece.

Su desconstrucción, como en el presente caso, es - en mi percepción, - en detrimento no solamente de los individuos víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sino también del propio derecho internacional contemporáneo. En suma, en mi entendimiento, no puede haber prerrogativa o privilegio alguno de inmunidad estatal en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado, y deportaciones de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajo esclavo:

estas son violaciones graves de prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber cualesquiera inmunidades.

No se puede continuar a abordar las inmunidades estatales desde un enfoque atomizado o autosuficiente (contemplando las inmunidades estatales en un *vacuum*), sino más bien a partir de una visión amplia del derecho internacional contemporáneo como un todo, y de su rol en la comunidad internacional. Agregué que el derecho internacional no puede ser “congelado” por una continuada y prolongada sumisión a omisiones del pasado, sea en el plano normativo (v.g., en la redacción de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y Su Propiedad, de 2004), sea en el plano judicial (v.g., la decisión de la mayoría de la *Grand Chamber* de la CtEDH en el caso *Al-Adsani*, 2001, invocada por la CIJ en el presente caso). En suma, - concluí, - el *jus cogens* se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad estatal, con todas las consecuencias que de ahí se desprenden, evitando así la denegación de justicia y la impunidad¹⁴.

XII. BREVES REFLEXIONES FINALES

La emergencia del ser humano, en el nuevo *jus gentium* del siglo XXI, como sujeto de derechos y portador de obligaciones emanados directamente del orden jurídico internacional, es hoy ampliamente reconocida. Sin embargo, persisten todavía algunas dificultades plasmadas en la jurisprudencia internacional, como las examinadas en el presente estudio, en lo que concierne a la CIJ. Las dificultades aquí examinadas no constituyen razón para desánimo, pues deben ser consideradas en el marco más amplio, - a la par de la expansión de la *jurisdicción* internacional, - de la concomitante expansión de la *personalidad* jurídica internacional así como de la *responsabilidad* internacional, - y los mecanismos de implementación de esta última.

14. Cf. A.A. Cançado Trindade, *La Protección de la Persona Humana frente a los Crímenes Internacionales y la Invocación Indebida de Inmunidades Estatales*, Fortaleza/Brasil, IBDH/IIDH/SLADI, 2013, pp. 19-305.

Dicha expansión (de la jurisdicción, la personalidad - y capacidad - y la responsabilidad internacionales), característica de nuestros tiempos, viene a su vez fomentar el alentador proceso histórico en curso, de la *humanización* del derecho internacional¹⁵. Esta evolución histórica abarca, en mi concepción, el derecho tanto material como procesal. Las dificultades a que me referí son las inevitables piedras en el camino, que hay que saber superar. No hay verdaderos avances sin la superación de persistentes dificultades.

Sería de se suponer, por ejemplo, que, frente a la prohibición absoluta de la tortura, los *justiciables* no encontrarían muchos obstáculos en su búsqueda de la realización de la justicia. Esto ocurriría en un mundo en que siempre prevaleciese la justicia, que no es nuestro mundo. Como advertí en el caso *Bélgica versus Senegal (supra)*, el tiempo de la justicia humana no es el tiempo de los seres humanos (*vita brevis*); la justicia humana tiende a hacer abstracción de la brevedad de la vida. Además, nuestro mundo es tal que uno debe pronto aprender a convivir con la irracionalidad que lo circunda, inclusive, quizás, para lograr vivir - o sobrevivir - un poco más.

En algunas decisiones recientes, la CIJ ha sabido ir más allá de la dimensión interestatal, al impartir justicia (v.g., casos *A.S. Diallo*, y *Burkina Faso versus Níger*, entre otros - *supra*). En otras, ha sucumbido ante dogmatismos del pasado. Por ejemplo, como señalé en mis disidencias, las cláusulas compromisorias de un tratado sólo pueden ser adecuadamente abordadas teniendo presente el tratado en aprecio como un todo, inclusive su objeto y fin (cf., en este sentido, mi disidencia en el caso de *Georgia versus Federación Rusa, supra*). No hay inmunidad estatal para crímenes internacionales, para violaciones graves de los

15. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; A.A. Cançado Trindade, "As Manifestações da Humanização do Direito Internacional", en *Estudios de Derecho Internacional - Libro Homenaje al Prof. S. Benadava* (eds. H. Llanos Mansilla y E. Picand Albónico), tomo I, Santiago de Chile, Librotecnia, 2008, pp. 131-142; A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional en la Jurisprudencia y la Doctrina: Un Testimonio Personal", in *Derecho Internacional Público - Obra Jurídica Enciclopédica* (ed. L. Ortiz Ahlf), México, Ed. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 85-102.

derechos humanos y del derecho internacional humanitario (cf., en este sentido, mi disidencia en el caso de *Alemania versus Italia, supra*).

Es esto, en mi entendimiento, lo que la Corte Internacional *de Justicia* debería haber decidido en dos Sentencias recientes. Pero así es el camino de la justicia internacional; desafortunadamente, no hay avances constantes en forma lineal. Los avances se dan inclusive en medio a retrocesos (como en el mito de Sísifo), lo que nos recomienda estar siempre atentos a los imperativos de la justicia. La búsqueda de la justicia es perenne, no tiene fin. Urge que la evolución jurisprudencial acompañe *pari passu* la evolución doctrinal en lo que concierne a la titularidad de la persona humana de derechos emanados directamente del derecho de gentes (*droit des gens*).

Hay que tener siempre presentes los *finés humanos* del Estado, - como lo advertí en mis Votos Razonados en la Opinión Consultiva sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo*, y en el caso de la *Disputa Fronteriza entre Burkina Faso y Níger* (cf. *supra*). No se puede seguir haciendo abstracción del principio básico de la igualdad procesal (*equality of arms/égalité des armes*), - como lo advertí en mi Voto Razonado en la Opinión Consultiva sobre el *Procedimiento de Revisión de Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT* (cf. *supra*).

Aunque los *procedimientos* ante la CIJ permanezcan - por fuerza de la inercia mental - erigidos, si no fosilizados, sobre una base estrictamente interestatal, deberían buscar ajustarse a la evolución de los tiempos. De todos modos, no hay cómo buscar condicionar el *razonamiento* de la CIJ (en sus sentencias, opiniones consultivas y medidas provisionales de protección) a una dimensión estrictamente interestatal, insatisfactoria y superada. El "factor humano" es ineludible. Es este el mensaje que aquí dejo como conmemoración de la segunda década de realización de la memorable II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en la misma línea de pensamiento de la que dejé con ocasión de la primera década, ambas en este *Anuario del IHLADI*.

La Haya, 24 de mayo de 2013.