

EL COMPROMISO DEL MAGISTRADO ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE CON LOS DERECHOS HUMANOS. SUS OPINIONES DISIDENTES EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

.....
Rocío Abellán Bordallo

Abogada Trainee en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Máster en Derecho y Práctica Jurídica en la Universidad de Valencia, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

RESUMEN

Es sabido que cada uno de los jueces de la Corte Internacional de Justicia puede exponer sus votos particulares cuando no están totalmente de acuerdo con la sentencia emitida por la Corte. Estas opiniones individuales reciben el nombre de “Opinión separada” u “Opinión Disidente” dependiendo de si el juez está de acuerdo o no, en parte o en su totalidad, con la mayoría de la Corte. El presente artículo analiza las cinco opiniones disidentes que el Juez Cançado Trindade ha escrito desde que comenzó a trabajar en la Corte en 2009.

Dichas opiniones, expuestas por orden cronológico, son las relativas a los siguientes fallos: Fallo de 1 de abril de 2011 sobre la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra la federación rusa); fallo de 4 de mayo de 2011 sobre la disputa territorial y de delimitación marítima (República de Nicaragua contra la república de Colombia [solicitud de Costa Rica de permiso para intervenir]); fallo de 3 de febrero de 2012 concerniente a las inmunidades jurisdiccionales de Alemania contra Italia: intervención de Grecia.; fallo de 3 de febrero de 2015 relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (Croacia contra Serbia), y los fallos de 2 de octubre de 2016 concernientes a las obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y al desarme nuclear (Islas Marshall contra Paquistán, India y Reino Unido).

Palabras clave

Iusnaturalismo; dignidad; derecho a la vida; minorías vulnerables; reparación; víctimas.

ABSTRACT

It is known that each judge of the International Court of Justice can present an individual opinion when she or she does not totally agree with the final judgement of the court. These opinions are called “Separate Opinion” or “Dissenting Opinion” depending on whether the judge agrees or not, totally or partly, with the majority of the Court. The present article analyses the five dissenting opinions Judge Cançado Trindade has written since 2009, which was the year of his incorporation as a Judge of the International Court of Justice

Those dissenting opinions, exposed in chronological order, are concerned the following judgements of the ICJ: Judgment of 1 April 2011 on the case concerning application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination

(Georgia v. Russian Federation); judgment of 4 may 2011 concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia) application by Costa Rica for permission to intervene; judgment of 3 February 2012 on the case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening); judgment of 3 February 2015 on the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia); Judgments of 5 October 2016 on the cases of Obligations concerning Negotiations relating to Cessation

of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom, India and Pakistan).

Keywords

Jusnaturalism; dignity; right to life; vulnerable minorities; reparation; victims.

1. INTRODUCCIÓN

Justicia, vulnerabilidad, derecho, humanidad, restauración, compromiso o espíritu son sin duda algunos de los términos que ayudan a describir la trayectoria y el papel que Cançado Trindade ha tenido y seguirá teniendo en el mundo del Derecho. Siendo uno de los juristas más relevantes y reconocidos del panorama mundial, es un claro referente del que aprender, e investigar su pensamiento ha sido tan enriquecedor como alentador. Enriquecedor por la calidad y cantidad de información que proporciona en sus planteamientos, y alentador porque los valores que utiliza y su persistencia son admirables. Alivia saber qué casos tan importantes como los que se tratan en la Corte Internacional de Justicia están, en parte, en sus manos.

El estudio de los casos, la lectura de los fallos y el análisis de las opiniones disidentes de Cançado, junto con la lectura de sus libros, informes, entrevistas y publicaciones, han sido los instrumentos que utilizados para intentar reflejar su pensamiento y el ideal de justicia que marca su actividad profesional. Este trabajo, que intenta ser objetivo en la descripción de los casos, y reflexivo en la descripción del pensamiento, pretende ser útil para quien busque un modelo de quien aprender, tanto en el ámbito jurídico, como en el humano y espiritual.

2. ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Antônio Augusto Cançado Trindade, nacido el 17 de septiembre de 1947 en Belo Horizonte, Brasil, es, desde el 6 de febrero de 2009, Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya. Fue juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (electo en 1994 y reelegido en 2000) y su presidente desde el año 1999 al 2001 y reelegido en 2002 hasta 2004. En 1969 se graduó en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil; en 1973 recibió la titulación de Máster en

Derecho Internacional a través de la Universidad de Cambridge, y, en la misma universidad, se doctoró en 1978 en Derecho Internacional con la tesis *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, la cual fue galardonada con el premio *York Prize*.

Los ejes centrales de la actividad pública de Antônio A. Cançado Trindade son la confianza en el Derecho como factor de transformación social y la preocupación por el sufrimiento humano que causa el poder y la violencia cuando ganan la partida. Su línea de pensamiento busca la conciencia jurídica del juez y la acerca a la naturaleza del hombre, de la humanidad, afirmando que “la reacción de la conciencia jurídica universal constituye la fuente material última del derecho internacional y en definitiva de todo el Derecho”¹. Se aleja así de la percepción positivista del Derecho e impulsa el iusnaturalismo, tanto el razonamiento como los valores intrínsecos del ser humano. La Justicia Internacional, las Cortes y los Tribunales, los Derechos Humanos y las Organizaciones Internacionales son algunos de los numerosos temas que abarca en sus publicaciones.

Otorga especial importancia a la expansión de la Jurisdicción Internacional y su importancia para la realización de la Justicia. Por ello critica y rechaza la supremacía entre tribunales, el monopolio y la subordinación, pues son ideas que frenan el alcance de la justicia, y defiende la cooperación de los tribunales internacionales apoyándose en el artículo 95 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, según el cual *ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro*. Sostiene que conseguir que la justicia se desarrolle en una red policéntrica, lejos de fragmentar el derecho internacional contemporáneo, lo enriquece pues afirma y confirma la aptitud del Derecho Internacional para resolver las controversias en los planos interestatal e intraestatal. La arquitectura judicial a nivel internacional está formada actualmente por el Tribunal Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia, los dos Tribunales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Especial para el Líbano, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y los 3 tribunales de derechos humanos que

operan a nivel regional pero en el marco de la universalidad y que son la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Compara este fenómeno de la multiplicidad de los tribunales internacionales defendiéndolo frente al modelo de tiempos pasados cuando había un mayor acercamiento entre el poder ejecutivo y los Estados, o el acercamiento entre los poderes legislativos de los estados con la unión interparlamentaria².

Tal y como él indica en su libro *International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium. General Course on Public International Law* "Más que una época de transformación, vivimos en la transformación de la época. El ciclo de conferencias mundiales de la ONU ha conducido a un diálogo a nivel universal, ha encaminado la atención hacia las condiciones de vida de todas las personas en todos los lugares, y a las especiales necesidades de protección de grupos vulnerables y los segmentos pobres de la población. Ha identificado las necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional como un todo (comprendiendo a los Estados y a otros sujetos de Derecho Internacional, incluyendo la humanidad en sí misma). Ha colocado a las personas y a los derechos humanos en el centro de la conciencia internacional, no solo para conocer sus necesidades básicas, sino también para fomentar su fortalecimiento. Este contemporáneo diálogo universal ha sido llevado a cabo en medio de la profunda crisis de valores en la que vivimos, demostrando que hay razón para la esperanza en el futuro del Derecho Internacional, movido últimamente por la conciencia jurídica universal³."

Es importante hacer referencia a sus Votos emitidos en su calidad de Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ahora como miembro de la Corte Internacional de Justicia, los cuales reflejan su sólida formación, sus largas horas de trabajo y su infatigable voluntad de agotar todos los resortes posibles y abrir nuevos caminos para la protección de los derechos de todos los seres humanos y, en particular, de los más vulnerables.

Tal y como explica en varias de sus publicaciones, sus Votos "abordan la totalidad de las *cuestiones esenciales* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la actualidad, desde los principios generales del

Derecho hasta las bases de la competencia de la Corte en materia tanto contenciosa como consultiva, desde la personalidad y capacidad jurídica internacionales de la persona humana hasta la justiciabilidad de todos los derechos humanos, desde los más distintos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados hasta la garantía colectiva de las obligaciones convencionales y el *ordre public* internacional, desde el acceso directo (*latu sensu*) del ser humano a la justicia internacional hasta las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, desde el crimen de Estado hasta el sentido y las formas de *reparatio*"⁴.

Asimismo, durante toda su trayectoria no ha dejado de ser profesor en prestigiosas instituciones al igual que tampoco ha dejado de escribir decenas de libros y cientos de publicaciones, siempre mostrando un claro mensaje de compromiso con los derechos humanos y a favor de la humanización y universalización del derecho internacional.

Por todo ello ha recibido multitud de reconocimientos, premios y títulos, los cuales reflejan la importante labor que Cançado Trindade ha ejercido y ejerce en la Justicia, tanto a nivel global como a nivel individual.

3. CASO CONCERNIENTE A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (GEORGIA CONTRA LA FEDERACIÓN RUSA). FALLO DE 1 DE ABRIL DE 2011

A. PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO

El 8 de agosto de 2008 Georgia fue invadida por tropas rusas en respuesta a la intención georgiana de parar los intentos secesionistas de las regiones pro-rusas de Abjazia y Osetia del Sur. Este conflicto puso de manifiesto la difícil relación existente entre Rusia y Georgia, cuyos intereses eran muy diferentes: Rusia pretendía mantenerse en las repúblicas soviéticas, mientras que Georgia pretendía integrarse en organismos internacionales para actuar con independencia de Rusia.

En el conflicto hubo bombardeos tanto de aviones rusos como georgianos, disparos de tanques y artillería con las consecuentes muertes de miles de personas, tanto de civiles, como de soldados de paz y miembros de ambos ejércitos. Las reacciones de la comunidad internacional no tardaron en llegar. Estados Unidos (EEUU), a través de su Secretaria de Estado, Condoleezza Rice, comunicó a los dirigentes rusos que no toleraría ataques a estados soberanos, y el presidente francés de la Unión Europea (UE), Nicolás Sarkozy, sirvió de intermediario entre Rusia y Georgia para conseguir el alto el fuego del 16 de agosto, exigiendo la vuelta al *status quo* anterior a los combates.

B. OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO CAÑADO TRINDADE⁵

Conviene comenzar diciendo que el magistrado Cañado Trindade disiente con respecto a la totalidad del razonamiento de la Corte; con sus conclusiones acerca de la segunda excepción preliminar y la competencia, y con su tratamiento de las cuestiones de sustancia y de procedimiento planteadas ante la Corte.

Prolegómeno. Ya en su primer párrafo, el magistrado Cañado Trindade resalta que la solución del conflicto está directamente relacionada con la realización de la justicia en base a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y matiza desde el principio que no está de acuerdo con la totalidad de lo decidido por la Corte.

La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia: competencia obligatoria revisada. A juicio del Magistrado Cañado Trindade, las cláusulas compromisorias tales como la que figura en la Convención (artículo 22) sólo pueden considerarse adecuadamente en el ámbito de los esfuerzos por lograr la competencia obligatoria de la Corte. A tal fin realiza un examen de la historia legislativa, aludiendo finalmente al entendimiento al que se llegó entre el Comité Consultivo de Juristas sobre el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y la Sociedad de las Naciones. Este avenimiento desembocó en la cláusula enmendada de competencia (la cláusula facultativa), y la posterior coexistencia de la cláusula facultativa y las cláusulas compromisorias de diversos tipos

como base para el ejercicio de la competencia obligatoria por parte de la Corte de la Haya.

La cláusula facultativa de competencia obligatoria: de una declaración ideal a una práctica distorsionada. Cañado Trindade continúa su exposición lamentando cómo una práctica distorsionada llegó a dar importancia al consentimiento individual del Estado, colocándolo incluso por encima de los imperativos de la realización de la justicia a nivel internacional.

El antiguo ideal de automatismo de la competencia obligatoria de la Corte de la Haya. Hace referencia al periodo entre 1950 y 1980 cuando hubo esfuerzos de la doctrina jurídica internacional por superar las vicisitudes de la "voluntad" de los Estados, ampliando así la aceptación de la competencia obligatoria de la Corte. Siguiendo el hilo cronológico, Cañado Trindade habla sobre la tendencia que, más lúcidamente, siguió la doctrina jurídica internacional: procuró realizar el mismo antiguo ideal, al relacionar las cláusulas compromisorias con la naturaleza y la sustancia de los tratados correspondientes. Ese pensamiento jurídico se benefició de la gradual acumulación de experiencias en la interpretación y la aplicación de los tratados de DDHH, tales como la Convención a que se refiere la presente causa.

Relaciones entre la cláusula facultativa/ las cláusulas compromisorias y la naturaleza y la sustancia de los tratados correspondientes en los que están consagradas. En esta quinta parte, Cañado Trindade sostiene que, a pesar de que los tratados de derechos humanos están orientados hacia las víctimas, en la esfera de las relaciones interestatales los progresos realizados por la competencia obligatoria en los últimos decenios han sido bastante modestos. Tras esto, el Magistrado expone la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos: esta metodología, por un lado, asigna un peso mayor a la realización de su objeto y su fin, asegurando la protección de los seres humanos, y, por otro lado, abarca todas las disposiciones, tanto sustantivas como procesales, de dichos tratados.

En la interpretación de los tratados de los derechos humanos hay una primacía de las consideraciones de orden público, de la garantía colectiva ejercida por todos los Estados parte y del logro de un objetivo común, superior a los intereses individuales de cada parte contratante.

Las dos partes en litigio, en sus respuestas a una pregunta que el Magistrado consideró adecuado plantearles en la audiencia pública de 17.09.2010, han tenido debidamente en cuenta la naturaleza del tratado sobre derechos humano en cuestión (la Convención); sólo la Corte no ha tenido en cuenta este importante punto.

El principio ut res magis valeat quam pereat o principio de efecto útil. En este apartado Cançado Trindade es muy claro al exponer que este principio se aplica en relación tanto con las normas sustantivas como con las normas procesales, tales como la aceptación de la competencia obligatoria en asuntos contenciosos de los órganos judiciales internacionales de protección. En consecuencia, las consideraciones de orden superior en el orden público internacional tienen primacía sobre el voluntarismo estatal.

La cláusula compromisoria (artículo 22) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Elementos para su adecuada interpretación y aplicación: En palabras de Cançado Trindade, la jurisprudencia de la Corte y la historia legislativa de la Convención no están en conexión con, y con lo cual no respaldan, la opinión de la Corte en la presente causa. Esta opinión se basa en que el artículo 22 de la Convención establece “precondiciones” que debe cumplir un Estado Parte antes de que pueda recurrir ante esta Corte, lo que hace que el acceso a la CIJ sea particularmente difícil. Y como prueba evidente de esto es que aparece un conflicto con el enfoque previamente adoptado por la Corte misma en su providencia de 15.10.2008 en la presente causa. Además, en la presente causa no se da el peso debido al preámbulo de la Convención, según el cual uno de los propósitos es “promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos”.

Hacia el acuerdo pacífico y la realización de justicia: verificación de anteriores intentos o esfuerzos de negociación. Es muy claro en este apartado al hacer un examen de la jurisprudencia de la Corte de la Haya (CPJI y CIJ) resaltando que ambas determinaron claramente que un intento de negociación es suficiente, y que no hay ninguna “precondición” preceptiva de que haya negociaciones resolutorias para que una u otra ejerciesen competencia.

Hacia el acuerdo pacífico con la realización de justicia bajo los tratados de derechos humanos. A continuación, lamenta que lo escrito en el párrafo anterior haya sufrido un cambio y que, en el caso que nos ocupa, se establezca un umbral muy elevado respecto al requisito de negociaciones previas para el ejercicio de competencia.

La ley y los sufrimientos y necesidades de protección de la población. Summus Jus, Summa Injuria: Summum ius, summa injuria es un aforismo latino que se puede traducir por “sumo derecho, suma injusticia”, “a mayor justicia, mayor daño” o “suma justicia, suma injusticia”, en el sentido de que la aplicación de la ley al pie de la letra a veces puede convertirse en la mayor forma de injusticia. El Magistrado Cançado Trindade lamenta que el enfoque de la Corte no fuera el mismo que el suyo. Para él, los sufrimientos y necesidades de la población deberían asumir una posición central en la consideración de la presente causa. Únicamente apreciándolo así es como se conseguiría realmente una realización de la justicia. No obstante, muy a su pesar, la Corte presenta un enfoque centrado en las relaciones diplomáticas entre Georgia y la Federación de Rusia. En palabras de Cançado Trindade, es necesario ir más allá del enfoque interestatal (diplomático) del derecho internacional tradicional, pues es algo generalmente reconocido que el *jus gentium* contemporáneo no es para nada insensible al destino de las poblaciones. El reconocimiento judicial de la victimización de los seres humanos es un imperativo de la justicia, que viene por lo menos a aliviar sus sufrimientos. Advierte también que, con arreglo a los tratados de derechos humanos, los individuos afectados en estas situaciones necesitan un nivel más alto de protección; sin embargo, la Corte ha aplicado un criterio más elevado en materia de consentimiento del Estado para el ejercicio de su competencia, con el consecuente resultado.

Los tratados de Derechos Humanos como instrumentos vivientes. En este apartado, el Magistrado lamenta que el fallo se base en un razonamiento estrictamente textual o gramatical del artículo 22 de la Convención. Echa en falta consideraciones de naturaleza contextual—e intentos de vincular ese artículo con el objeto y fin de la Convención. Cançado Trindade entiende que el fallo revela que, a pesar de todos los avances logrados a favor de la dignidad

humana con arreglo a la Convención, todavía queda mucho camino por andar.

Observaciones finales. Su conclusión es una opinión disidente fundada no sólo en la evaluación de las pruebas obtenidas, sino también y sobre todo, en cuestiones de principio. Añade que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha destacado constantemente que las disposiciones de los tratados de derechos humanos deben interpretarse de manera que la salvaguardia de esos derechos sea efectiva; a este respecto, el artículo 22 no establece ninguna “precondición” preceptiva para el recurso de la Corte. Establecer “precondiciones” de esa índole donde no existen equivale a erigir un obstáculo indebido e infundado al acceso a la justicia con arreglo a un tratado sobre derechos humanos.

Epílogo: Revisión de un antiguo dilema, en el marco del jus gentium contemporáneo. Con este fallo, la Corte se ha privado de poder determinar, en una posible etapa posterior sobre el fondo, si los sucesos mencionados en la demanda están comprendidos o no en las dos posiciones pertinentes de la Convención. En su opinión, la presente decisión socava los efectos apropiados de la Convención y la propia competencia obligatoria de la Corte con arreglo a ella. Continúa su disidencia centrándose en el consentimiento del Estado que tanto reclama la Corte. Bajo el punto de vista del Magistrado, el consentimiento del Estado no es un elemento de interpretación de los tratados; si lo fuera, se convertiría indebidamente al tratado en letra muerta. El momento en que se manifiesta el consentimiento del Estado es cuando el Estado de que se trata decide pasar a ser parte de un tratado.

Tras esto, trata de explicar que hay que evitar limitarse a las “precondiciones” que se establecen en la cláusula compromisoria del artículo 22. En su opinión, dichas “precondiciones” preceptivas de negociaciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte equivalen a erigir un infundado y sumamente lamentable obstáculo a la justicia.

Para el Magistrado Cançado Trindade, principios fundamentales son los de *pacta sunt servanda*, de igualdad y no discriminación (a nivel del derecho sustantivo), de igualdad de armas (*égalité des armes* —a nivel del derecho procesal). Principio fundamental es, además, el de humanidad (que permea todo el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario,

y el derecho internacional de los refugiados). Principio fundamental es, además, el de la dignidad de la persona humana (que establece un fundamento del derecho internacional de los derechos humanos). Principios fundamentales del derecho internacional son, además, los enunciados en el Artículo 2 en la Carta de las Naciones Unidas.

4. CASO CONCERNIENTE A LA DISPUTA TERRITORIAL Y DE DELIMITACIÓN MARÍTIMA ENTRE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA [SOLICITUD DE COSTA RICA DE PERMISO PARA INTERVENIR]. FALLO DE 4 DE MAYO DE 2011

A. PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO

El motivo de la controversia territorial y de delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua era la soberanía de ciertas islas y la delimitación marítima entre ambos países en el mar Caribe occidental.

Colombia sostenía que los territorios en disputa le habían pertenecido históricamente. Además, sostuvo que en 1928 se formó el Tratado Esguerra-Bárceles firmado en 1928 que no fijaba los límites marítimos entre Colombia y Nicaragua. Nicaragua por su parte alegaba que el tratado era inválido, apoyándose en el argumento de que había sido celebrado cuando el país estaba ocupado por Estados Unidos. Señaló también que en aquella época no había surgido aun el Derecho del mar, y que por lo tanto se violaban los derechos de exclusividad marítima que actualmente se reconoce a los Estados.

El 6 de diciembre de 2001, Nicaragua presentó ante la Corte Internacional de Justicia el “Caso de la República de Nicaragua contra la República de Colombia” con respecto a los “aspectos legales subsistentes” entre los dos Estados “en relación con el título sobre el territorio y la delimitación marítima” en el Caribe occidental. En 2007, la Corte Internacional de Justicia falló a favor de Colombia, dando lugar a las excepciones preliminares invocadas por este país, en contra de la demanda presentada por Nicaragua, reconociendo la soberanía colombiana sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; sin embargo,

dicho tribunal no definió la frontera marítima entre ambos países, dejándola pendiente para la sentencia sobre el fondo. El 19 de noviembre de 2012 se dio a conocer la sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia, que fijó los límites marítimos entre Nicaragua y Colombia.

Fue entre tanto, el 25 de febrero de 2010, cuando Costa Rica presentó una petición de permiso para intervenir en la causa. En la solicitud decía que su intervención tendría la finalidad limitada de informar a la Corte de la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos de Costa Rica y de tratar de asegurar que la decisión de la Corte acerca de la frontera marítima entre Nicaragua y Colombia no afectara a tales derechos e intereses. Este es el caso que nos ocupa y es su trayectoria lo que se va a desarrollar y a explicar a continuación.

B. OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA DE LOS MAGISTRADOS ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE Y ABDULQAWI AHMED YUSUF⁶

En contraposición al fallo de la Corte, los magistrados Cançado Trindade y Yusuf estiman que Costa Rica ha satisfecho las condiciones para la intervención que figuran en el Artículo 62 del Estatuto, que, recordemos, establece que si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir. Y que la Corte decidirá con respecto a dicha petición.

Ambos opinan que el motivo de la Corte para rechazar la petición es el fundamento de oportunidad según el cual como cuestión de principio, la Corte protegerá el interés de un tercer Estado sin definir de manera específica los límites geográficos de una zona en la cual pueda entrar en juego ese interés. Tampoco apoyan a la Corte cuando opina que los objetivos para cuyo logro se estableció el Artículo 62 pueden obtenerse mediante el ejercicio de alguna forma de “debida diligencia judicial” referente a los intereses de orden jurídico de terceros sin dar al Estado que desea intervenir una audiencia en el procedimiento sobre el fondo. Respecto del alcance y el objetivo del artículo 62 del Estatuto, ambos magistrados argumentan

razonablemente su desacuerdo con la Corte cuando ésta se presenta como posible sustituta de quienes desean intervenir sin calidad de parte. Esto haría que el objeto de la intervención de cualquier Estado que solicitara intervenir perdiese toda importancia. Sin dar audiencia a terceros Estados, ¿cómo se entenderían cuáles son las zonas en las que pueden tener intereses de orden jurídico?

Cançado Trindade y Yusuf observan que un “interés de orden jurídico” constituye un medio legítimo por el cual un tercero puede pedir permiso para procurar protección frente a un futuro fallo que, en ausencia de su intervención, pueda afectar a sus pretensiones y señalan que la Corte: 1) caracterizó erróneamente el interés de orden jurídico de Costa Rica; 2) introdujo un nuevo criterio de prueba, según el cual Costa Rica debería demostrar que “su interés de orden jurídico necesita una protección que no proporciona el efecto relativo de las decisiones de la Corte con arreglo al artículo 59 del Estatuto”, que recordemos cita que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”, y 3) basó su decisión únicamente en consideraciones de oportunidad

La Corte debe apreciar si los fundamentos invocados por Costa Rica son suficientemente convincentes para determinar si procede o no la petición de intervenir. No obstante, los dos magistrados opinan que la Corte ha optado por una decisión fundada en consideraciones de oportunidad. Ante la supuesta especial relación entre los artículos 59 y 62 del Estatuto de la Corte, ambos coinciden en que el primero tiene un alcance específico y estrecho y se aplica a todas las decisiones de la Corte, y que, sin embargo, el Artículo 62 tiene el objetivo de una correcta administración de justicia, a fin de funcionar antes de que la Corte dicte una decisión definitiva, y por lo tanto antes de que el Artículo 59 entre a funcionar.

Como conclusión, los Magistrados Cançado Trindade y Yusuf identifican el comportamiento de la Corte con los tradicionales procedimientos arbitrales en los que podía considerarse deseable que hubiera una barrera contra la intervención de terceros.

5 CASO CONCERNIENTE A LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO ALEMANIA CONTRA ITALIA: INTERVENCIÓN DE GRECIA. Fallo de 3 de febrero de 2012

A. PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO

El 23 de septiembre de 1998, el italiano Luigi Ferrini presentó en Italia una demanda contra Alemania, motivada, explicándolo de forma resumida, por los daños que el ejército alemán había provocado en Italia durante la II Guerra Mundial. La Corte de Arezzo declaró la demanda inadmisibles debido a que Alemania estaba protegida por la inmunidad jurisdiccional, la cual implica que el Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los tribunales de otros Estados. Pero en el 2004, la Corte de Casación Italiana declaró que las cortes italianas sí tenían jurisdicción en estos casos. Sus razones fueron que la inmunidad de jurisdicción no era absoluta, que ante un crimen internacional no se aplicaba. Este fallo, conocido como el “Fallo Ferrini”, condujo a que seguidamente se presentara una importante cantidad de demandas ante tribunales italianos en contra de Alemania por crímenes cometidos entre 1943 y 1945. Por otro lado, en 2008, a raíz también del caso Ferrini, la Corte de Casación de Italia condenaba a cadena perpetua al alemán Max Josef Milde, quien había sido acusado por participar en varias masacres, y ordenaba el pago de dicha reparación por parte del acusado y de Alemania a los sucesores de las víctimas. Por su parte, los parientes de las víctimas de la masacre de Distomo, en Grecia, iniciaron demandas contra Alemania. Si bien las cortes griegas decidieron a favor de las víctimas, era competencia del ministro de Justicia autorizar la del fallo, por tratarse de un Estado extranjero. La autorización no fue concedida, y los fallos de las cortes permanecieron sin ejecución. Tampoco se reconocieron las decisiones griegas en las cortes alemanas en base al principio de la inmunidad del Estado Alemán.

Tras esto, fue en Italia donde se presentó la siguiente acción de los demandantes. El resultado fue favorable y los demandantes griegos iniciaron un procedimiento legal de ejecución sobre Villa Vigoni, una propiedad del Estado alemán cerca al lago Como, en territorio italiano. Este procedimiento fue suspendido a la

espera de que la Corte Internacional de Justicia decidiera sobre el caso que nos ocupa.

B. OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO CAÑADO TRINDADE⁷

Estructura. La opinión disidente del magistrado Cañado Trindade expone por qué no apoya la decisión de la Corte, abarcando la metodología y el enfoque adoptado; el razonamiento general en el examen de las cuestiones sustantivas, y las conclusiones del fallo. Durante toda su exposición no deja de insistir en que el marco de todo debe ser la *realización de la justicia*, esto es lo que debe enmarcar la solución de las controversias.

Revisión de la evolución de la doctrina. A su juicio, las inmunidades son un privilegio, y no pueden seguir haciendo abstracción de la evolución del derecho internacional. La tensión existente entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia debe resolverse a favor de éste último. Es evidente que al magistrado Cañado Trindade le preocupa la necesidad de cumplir con los imperativos de la justicia y evitar la impunidad en los casos de comisión de crímenes internacionales con miras a evitar su repetición en el futuro. Recalca esto defendiendo que las políticas criminales del Estado y la ulterior perpetración de atrocidades por el Estado no se deben amparar tras el escudo de la inmunidad del Estado.

Continúa su opinión disidente dejando clara su filosofía al decir que las pretendidas renuncias entre Estados de los derechos inherentes a la persona son inadmisibles; se oponen al orden público internacional y deben ser privadas de todo efecto jurídico. Esto está profundamente gravado en la conciencia jurídica universal, la fuente sustantiva última de todo el Derecho.

En opinión del Magistrado Cañado Trindade, lo que desestabiliza el ordenamiento jurídico internacional no son las peticiones de reparación de los particulares, sino los crímenes internacionales y el encubrimiento de esos crímenes internacionales, acompañado por la impunidad de los perpetradores.

Cuando un Estado lleva a cabo una política criminal de asesinar a segmentos de su propia población y de la población de otros Estados, no puede luego escudarse en las inmunidades soberanas, ya que estas últimas jamás fueron concebidas para ese fin.

Examen de todas las respuestas dadas por Alemania, Italia y Grecia a las preguntas que formuló la Corte al fin de las audiencias orales el 16 de septiembre de 2011. Analiza en profundidad la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas individuales. A su entender, y con respecto a este caso, los crímenes cometidos por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial no son actos *jure gestionis* ni tampoco actos *jure imperii*, sino que son delitos, *delict imperii*, para los que no hay inmunidad.

Analiza la entrada del término “inmunidad” en el léxico del derecho internacional y explica que con éste término se quería hacer referencia a algo muy excepcional, una exención de la competencia o la ejecución. Nunca hubo intención de exceptuar la competencia sobre los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de encubrirlos.

No hay inmunidad para los crímenes de lesa humanidad. La inmunidad del Estado no se puede oponer en el ámbito de la reparación de violaciones graves de los derechos fundamentales del ser humano. Por ello, lo irrenunciable no es la inmunidad del Estado, sino el derecho individual de acceso a la justicia. Las personas son sujetos de derecho internacional, y toda vez que la doctrina jurídica se apartó de este criterio, las consecuencias y los resultados fueron catastróficos. La realización de la justicia es en sí misma una forma de reparación, que da satisfacción a la víctima. De esta manera, se vindica debidamente el derecho al derecho de las víctimas de la opresión.

Califica de absurdo el hecho de que, por un lado, se insista en admitir la supresión de la inmunidad de Estado en el ámbito de las relaciones comerciales, o en caso de actos ilícitos personales internos (por ejemplo, en accidentes de tráfico) y, por otro lado, se insista en amparar a los Estados con la inmunidad en los casos de crímenes internacionales en virtud de la políticas del Estado. Lo que él defiende es que el deber del Estado de proporcionar reparación a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario es una obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario que está en conformidad con un principio general del derecho de carácter fundamental.

A su entender, las infracciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario equivalen a violaciones del *jus cogens*, lo que entraña la responsabilidad del Estado y el derecho de las víctimas a la reparación.

En este apartado, y recordando lo que mencionábamos sobre Simone Weil en la introducción, al hablar de la prevalencia del derecho individual de acceso a la justicia, Casado Trindade expone que “la tragedia, a diferencia del mero desastre, es debida a “errores humanos evitables”, algunos con devastadoras consecuencias. Al final, nos quedamos con un regreso constante a la idea de una justicia “objetiva”, a unos principios universales- en la línea del pensamiento del derecho natural, prohibiendo el enfoque de derechos humanos “como medios para el fin”. Respecto a esto, otra gran pensadora del siglo XX, Simone Weil, apuntó, en una iluminada disertación (de 1934, desde entonces publicada en distintos países e idiomas)⁸, que, desde tiempos de “Ilíada” de Homero hasta la actualidad, la influencia de la guerra sobre los derechos humanos ha estado constantemente revelando el “mal esencial” de la humanidad, a saber, “la sustitución de los extremos por los medios”; la búsqueda de poder toma el lugar de los extremos, y transforma la vida humana en un medio, que puede ser sacrificada⁹.”

Derecho a la reparación. Violación y reparación es un todo indisoluble que está reconocido en la jurisprudencia constante de la Corte de La Haya (Corte Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia). La errónea aceptación de la inmunidad del Estado no puede dismantelar ese todo indisoluble. Hay víctimas de violaciones graves por la Alemania nazi de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que han quedado privadas de reparación.

En contra de esto, el Magistrado recalca que el objetivo de la inmunidad del Estado no es de servir de impedimento a la competencia en este caso. Es decir, no debe oponerse a la realización de la justicia. Asegurar justicia a las víctimas significa, entre otras cosas, ponerlas en condiciones de demandar y obtener reparación por los crímenes de que fueron víctimas. Por medio de la reparación, el Derecho interviene para hacer cesar los efectos de sus violaciones y para garantizar que no se repitan los actos lesivos.

Primacía del jus cogens y conclusión final. En sus últimas reflexiones, en Magistrado Cançado Trindade sostiene la primacía del *jus cogens* y presenta una refutación de su no fundada deconstrucción: no puede haber ninguna prerrogativa o privilegio de inmunidad del Estado en los casos de crímenes internacionales, como las matanzas de la población civil y la deportación de civiles y prisioneros de guerra para someterlos a trabajo esclavo: se trata de violaciones graves de las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, para las cuales no puede haber inmunidades.

Asimismo, critica la metodología del positivismo jurídico, diciendo que ésta presta excesiva atención a los hechos y se olvida de los valores, además de no aceptar la inevitable unión del derecho y de la ética. De esta forma, los ejercicios positivistas conducen a la fosilización del derecho internacional y ponen de manifiesto su persistente subdesarrollo.

La deconstrucción del *jus cogens* obra en detrimento de las víctimas individuales de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y del derecho internacional contemporáneo mismo.

En definitiva su opinión es que, en el fallo que estamos tratando, la Corte Internacional de Justicia debería haber decidido que el *jus cogens* está por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad del Estado, con todas las consecuencias que de ello se deriven, evitando así la denegación de justicia y la impunidad. No hay inmunidad del Estado por los crímenes internacionales y las violaciones graves de los derechos humano y del derecho internacional humanitario.

6. CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 (CROACIA CONTRA SERBIA). Fallo de 3 de febrero de 2015

A. PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO

Las siete repúblicas federales menores, Eslovenia, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Macedonia y Montenegro, formaron desde el final de la II Guerra Mundial hasta 1992 la República Federal Socialista de Yugoslavia.

En 1992, tras las llamadas Guerras Yugoslavas, esta república se disolvió y fue sucedida por la República Federal de Yugoslavia. Esta república, que duró hasta 2003, estaba integrada por las repúblicas federadas de Montenegro y Serbia.

En medio de estos cambios, tuvo lugar la “Guerra de Croacia” o la “Guerra Croata de Independencia”, la cual duró desde 1991 hasta 1995. La guerra se inició entre Croacia y el Ejército Popular Yugoslavo (JNA) dominado por los serbios. Seguidamente, el conflicto pasó a ser una lucha entre las tropas de la recién independizada Croacia y las fuerzas rebeldes de la minoría serbia, que proclamó la República Serbia de Krajina. El ejército Popular Yugoslavo apoyó a los serbios. Mientras que los serbios querían quedarse en Yugoslavia, buscando nuevos límites en partes de Croacia con mayoría étnica serbia o con una minoría serbia influyente, el bando croata apuntaba a establecer soberanía para la República de Croacia. La guerra resultó particularmente impactante por su brutalidad en una sociedad relativamente desarrollada en Europa y en los tiempos modernos.

B. OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO CANÇADO TRINDADE¹⁰

Cansado Trindade, tras votar en contra de no estimar la demanda de Croacia, desarrolla su opinión disidente de la siguiente manera:

Introducción. El Magistrado Cançado Trindade expresa una opinión disidente concerniente a la metodología adoptada por la Corte, el enfoque perseguido y el razonamiento y la conclusión que la Corte presenta. Comienza resaltado que el caso que nos ocupa, que ha dado lugar a graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, amparados en la Convención contra el Genocidio, debe estar protegido por la Corte y por la realización de la justicia. Lamenta aquí la lentitud con la que se imparte dicha realización de la justicia. Los 16 años de retraso dejan en evidencia que cuanto más grave es la violación de la ley, más difícil es impartir justicia (*justitia longa, vita brevis*).

Cuando la protección es lo más necesario, como en el caso que nos ocupa, no puede haber una fractura en la protección ofrecida por la Convención. La responsabilidad no puede darse a un Estado extinguido.

Derecho a la Convención por el Principio de Humanidad. La sucesión automática a la Convención contra el Genocidio es un imperativo de la humanidad para asegurar la protección de grupos humanos cuando están más necesitados. El principio de humanidad impregna en plenitud la Convención contra el Genocidio, la cual está esencialmente orientada hacia las víctimas. El principio de humanidad tiene una clara incidencia sobre la protección de los seres humanos, en particular en situaciones de vulnerabilidad o indefensión. Además, este principio se ha encontrado con reconocimiento judicial, por la parte de los derechos humanos contemporáneos, así como por los tribunales penales internacionales. Graves violaciones de los derechos humanos y actos de genocidio, entre otras atrocidades, infringen las prohibiciones absolutas del *jus cogens*.

La responsabilidad del Estado y la carga de la prueba. Advierte que tratar de hacer de la Convención contra el Genocidio una tarea imposible, la dejará carente de significado, casi como una carta muerta. Hace referencia a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), los cuales no han perseguido un estricto y alto umbral de prueba en casos de violaciones de los derechos del ser humano. Han recurrido a presunciones fácticas e interferencias, así como a cambios de la carga de la prueba. Cançado Trindade lamenta que este desarrollo jurisprudencial no haya sido tenido en cuenta por la CIJ en el presente caso.

En palabras del Magistrado, "los intentos de imponer un alto umbral para probar el genocidio, y para desacreditar la producción de evidencias, son más que desafortunados. Esto acabará reduciendo el genocidio a prácticamente un crimen imposible de determinar, y a la Convención contra el Genocidio a una carta casi muerta. Lo único que puede conseguirse así es la impunidad de los perpetradores del genocidio y hacer que cualquier esperanza de acceso a la justicia por parte de las víctimas se desvanezca. La Injusticia remplazaría a la norma del derecho."

El patrón de destrucción. Cançado Trindade observa que la investigación de los hechos asumida por las Naciones Unidas contiene importantes elementos respecto del modelo sistemático y generalizado de destrucción en

los ataques en Croacia, como en los informes hechos por la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1992-1993), por la Comisión de Expertos del Consejo de Seguridad (1993-1994) o la Segunda Conferencia Mundial de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1993).

El magistrado examina detalladamente el extendido y sistemático modelo de destrucción, el cual abarca ataques indiscriminados contra la población civil, con asesinatos masivos; torturas y peleas; expulsiones sistemáticas de casas; destrucción de grupos culturales y violaciones; y otros violentos crímenes sexuales, que revelan la necesidad e importancia de un análisis de género. Continúa mencionando el panorama de las desapariciones. Esto es un continuo quebrantamiento de los derechos humanos y de la Ley Internacional Humanitaria. Con sus destructivos efectos, esto da testimonio de la extensión de víctimas, comprendiendo no sólo las personas desaparecidas, sino también sus familiares cercanos, quienes no saben el paradero de aquellos.

Añade que, bajo su punto de vista, la evidencia presentada ante la Corte en el presente caso establece claramente la ocurrencia de asesinatos masivos de la población civil croata durante los conflictos armados en Croacia, en medio de un sistemático patrón de violencia extrema, incluyendo también tortura, detenciones arbitrarias, palizas, agresiones sexuales, expulsiones de casas y saqueos, desplazamientos y traslados, deportación y humillación. No fue exactamente una guerra, fue un devastador ataque a civiles. No fue sólo una pluralidad de crímenes comunes que no pueden, por sí mismo, constituir un genocidio. Añade que las infracciones graves mencionadas de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario equivalen a las infracciones de *jus cogens*, e implican la responsabilidad del Estado y la reparación a las víctimas. Esto está en consonancia con la idea de la rectitud que subyace a la concepción de la Ley en su conjunto.

Asaltos, no guerra. Las pruebas aportadas ante el Tribunal, en relación con el mencionado patrón generalizado y sistemático de la destrucción, muestran que los asaltos armados en Croacia no eran exactamente una guerra, sino más bien un ataque; una de sus manifestaciones fue la práctica de marcar croatas con cintas blancas, o brazaletes, o de colocar sábanas blancas

en las puertas de sus casas. Otra manifestación fue el maltrato por parte de las fuerzas serbias de los restos mortales de los fallecidos, croatas y otros hallazgos sucesivos en numerosas fosas comunes. Manifestaciones aclaradas por testigos en el interrogatorio de la Corte. Este ataque también supuso la destrucción de patrimonio cultural y religioso (monumentos, iglesias, capillas, muros de la ciudad, entre otros).

Actus reus y mens rea. Las pruebas aportadas ante el Tribunal en relación con los pueblos devastados seleccionados, tales como Lovas, Ilok, Bogdanovci y Vukovar (en la región de Eslavonia Oriental), y Saborsko (en la región de Lika), muestran que el *actus reus* (acto criminal) de genocidio se ha establecido. Además, la intención de destruir (*mens rea* o dolo directo) los grupos propuestos, en su totalidad o en parte, se pueden deducir de las pruebas presentadas. La extrema violencia en la comisión de atrocidades da testimonio de esa intención de destruir.

En conexión con el principio de libre convencimiento de un juez, los valores humanos han de estar (y están) siempre presentes. Hechos y valores van de la mano. La deducción del *mens rea/dolus specialis*, para la determinación de responsabilidad por genocidio, comienza tanto por el libre convencimiento como por la conciencia humana. En última instancia, la conciencia está por encima, y habla más alto que cualquier decreto. Las pruebas aportadas ante la Corte Internacional de Justicia se refieren a la conducta general del Estado de que se trate, y no a la conducta sólo de los individuos, en cada delito examinado de manera aislada. El expediente del presente caso contiene pruebas irrefutables de un patrón generalizado y sistemático de la violencia y la destrucción extrema.

Reparación y reconciliación. El difícil camino hacia la reconciliación comienza con el reconocimiento de que el patrón generalizado y sistemático de destrucción acaba convirtiendo en víctimas a ambas partes. El siguiente paso hacia la reconciliación se basa en la provisión de reparaciones (en todas sus formas). La reconciliación también llama a las adecuadas disculpas, honrando la memoria de las víctimas. Otro paso en la misma dirección se encuentra en la identificación y restitución de todos los restos mortales de la otra parte.

En este apartado vuelve a apoyarse en el pensamiento de Simone Weil cuando menciona que “en un profundo ensaño (de 1934), Simone

Weil, una de las grandes pensadoras del pasado siglo, llamó a la atención de las demandas completamente injustas por la lucha de poder, las cuales terminaban victimizando a todos. Desde la *Ilíada* de Homero hasta la fecha, los individuos, no adoctrinados y condicionados por la guerra y la destrucción, se han convertido en objetos para la lucha del dominio. Allí ocurre “*the substitution of the ends by the means*”, transformando la vida de los humanos en un simple medio, el cual puede ser sacrificado; los individuos se abandonan a la “colectividad ciega”, luchando por el poder (el final)¹¹.”

Observaciones. Contrariamente a lo que los discípulos contemporáneos de Jean Bodin y Thomas Hobbes probablemente deseen creer, el Palacio de la Paz de la Haya no se creó para seguir siendo un santuario de la soberanía del Estado. Su destino era convertirse en un santuario de la justicia internacional. La Convención contra el Genocidio está centrada en las personas, y aquí está la necesidad de centrar la atención en la preocupación del pueblo, en cumplimiento de una perspectiva humanista, a la luz del principio de humanidad. Al interpretar y aplicar la Convención contra el Genocidio, la atención debe estar enfocada a las víctimas, en lugar de a las susceptibilidades interestatales.

En opinión del juez Cançado Trindade, la evaluación probatoria del Tribunal y la determinación de los hechos del *cas d’espèce* tiene que ser integral y no atomizados. Todas las atrocidades, presentadas a la Corte, conforme el patrón antes mencionado de la destrucción, han de tenerse en cuenta para la determinación de la responsabilidad del Estado en virtud de la Convención sobre el Genocidio. Crímenes a gran escala, como la violación y otros delitos de violencia sexual, la expulsión de los hogares (y la falta de vivienda), los desplazamientos forzados, privación de alimentos y atención médica, no pueden ser minimizados.

Recuerda que la Convención sobre el Genocidio, que está orientado a las víctimas, no se puede abordar de una manera estática, ya que es un “instrumento vivo”. El Juez Cançado Trindade sostiene que el derecho internacional humanitario consuetudinario y el convencional han de estar en interacción, y no han de mantenerse separado el uno del otro. Una violación de las disposiciones sustantivas de la Convención sobre el Genocidio está destinada a ser una violación del derecho internacional

consuetudinario en la materia. Agrega que los tratados de derechos humanos (como la Convención sobre el Genocidio) tienen una hermenéutica, que aboga por un enfoque integral en cuanto a los hechos y en cuanto a la ley, y no una atomizada o fragmentada, como persigue la mayoría de la Corte.

El Juez Cançado Trindade se posiciona en contra de la postura de la Corte Internacional de Justicia en la presente Sentencia al atribuir una importancia general al consentimiento del Estado individual, lamentablemente, poniéndolo muy por encima de los imperativos de la realización de la justicia a nivel internacional. En una esfera como la de los tratados de derechos humanos en general, y de la Convención sobre el Genocidio en particular, el derecho internacional aparece como necesario, y los derechos protegidos y los valores humanos fundamentales están por encima de los intereses del Estado o de su “voluntad”.

El imperativo de la realización de la justicia reconoce que la conciencia (*recta ratio*) está por encima de la “voluntad”. El Juez Cançado Trindade reitera que la Convención sobre el Genocidio se refiere a los grupos humanos en situación de vulnerabilidad o indefensión; exige una perspectiva centrada en las personas, en las víctimas. Advierte además que la perspectiva integral que sustenta a la Convención sobre el Genocidio es tomar en cuenta “todo el contexto fáctico del presente caso, y no sólo una muestra de los sucesos seleccionados en algunos municipios, como la mayoría del Tribunal hace”. Su posición disidente se basa no sólo en la evaluación de los argumentos presentados ante la Corte por las partes contendientes (Croacia y Serbia), sino sobre todo en cuestiones de principio y en los valores fundamentales, a los que hay que otorgar una importancia aún mayor.

El Juez Cançado Trindade concluye que en la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio, los principios fundamentales y los valores humanos ejercen un papel relevante. Existe aquí la primacía de la preocupación por las víctimas ante la crueldad humana. Después de todo, la razón de humanidad prevalece sobre la razón de Estado. En su entender, esto es lo que la Corte Internacional de Justicia debería haber decidido en la presente Sentencia en el caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción contra el Genocidio.

7. CASOS CONCERNIENTES A LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL CESE DE LAS ARMAS NUCLEARES Y AL DESARME NUCLEAR (Islas Marshall contra Paquistán, India y Reino Unido). Fallos de 5 de octubre de 2016

A. PRESENTACIÓN CONFLICTO

La demanda presentada en abril de 2014 por las Islas Marshall fue inicialmente interpuesta contra nueve potencias nucleares del mundo (Corea del Norte, China, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Pakistán, Reino Unido y Rusia). Estos países fueron acusados de no cesar en su carrera armamentística. Dado que únicamente Reino Unido, Pakistán e India habían reconocido la jurisdicción de la CIJ, fueron los únicos estados que quedaron sujetos a la demanda.

Reino Unido, Estado firmante del Tratado de No Proliferación Nuclear desde 1968 fue acusado de incumplir dicho tratado. India y Pakistán, por su lado, no lo habían firmado, motivo por el cual las Islas Marshall invocaron el Derecho internacional consuetudinario.

La CIJ se declaró incompetente para juzgar los casos en base a que no existía disputa entre las partes, por lo que no procedía entrar al examen del fondo del asunto.

B. OPINIONES DISIDENTES DEL MAGISTRADO CANÇADO TRINDADE¹²¹³¹⁴

Prolegómeno. El Juez Cançado Trindade presenta los fundamentos de su posición disidente, abarcando tanto razonamiento como los puntos resolutorios, distanciándose así todo lo posible de la posición mayoritaria de la Corte.

Al analizar, en primer lugar, la cuestión de la existencia de una controversia ante el Tribunal de la Haya, el Juez Cançado Trindade examina detalladamente la jurisprudencia de la CPJI y CIJ, según la cual hay una disputa cuando hay “un desacuerdo en un punto de hecho o de derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas”. La existencia de una controversia es una cuestión de “determinación objetiva” por parte de la

Corte y la mera negación de la existencia de una controversia no prueba su inexistencia.

Controversia. El Juez Cançado Trindade advierte que el nuevo requisito de la CIJ, por el cual el Estado demandante debe haber notificado su demanda al Estado demandado y éste debe haberse opuesto, “no es consistente con la constante jurisprudencia de la CPJI y la CIJ sobre la determinación de la existencia de una disputa”.

Puesto que los tres Estados demandados tratan de basarse en un requisito de notificación previa o en la prueba de conocimiento previo de la demanda para que exista una controversia en virtud del Estatuto de la CIJ o del derecho internacional general, el Juez Cançado Trindade añade que “la finalidad de la necesidad de determinación de la existencia de una disputa (y su objeto) ante la Corte es permitir que ésta ejerza debidamente su jurisdicción: no tiene por objeto proteger al Estado demandado, sino más bien y precisamente salvaguardar el ejercicio adecuado de la función judicial de la Corte”.

En los presentes casos de las Obligaciones Relativas a las Negociaciones Sobre el Cese de la Carrera de Armas Nucleares y al Desarme Nuclear (Islas Marshall contra Paquistán/India/Reino Unido), la mayoría de la Corte ha establecido el requisito de “conocimiento”, aparentemente “socavando su propia capacidad para deducir la existencia de una disputa por los conflictivos cursos de conducta de las partes litigantes”.

El Juez Cançado Trindade entiende que la opinión tomada por la mayoría de la Corte en los presentes casos “contradice la propia jurisprudencia del Tribunal de la Haya (CPJI y CIJ)”, la cual ha adoptado un enfoque mucho menos formalista para establecer la existencia de una disputa.

En los casos de Timor Oriental (1995) sobre la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (1996) y de Determinados Bienes (2005), la CIJ ha considerado que posponer la fecha crítica apoya la constatación de la existencia de una controversia entre las partes. A la luz de este planteamiento adoptado por la propia CIJ en su jurisprudencia anterior, es evidente que existe una controversia en el *cas d'especie*.

Además, la mayoría de la Corte hace *tabula rasa* de la exigencia de que “en principio” la

fecha para determinar la existencia del conflicto es la fecha de presentación de la demanda (caso de Violaciones Alegadas de Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe, Excepciones Preliminares, Sentencia de 17.03.2016). Como ya se ha visto en su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en cuenta hechos posteriores a esa fecha crítica.

En palabras del Juez Cançado Trindade, todo esto “genera indebidamente una dificultad para acceder a la justicia (por parte de los demandantes) a nivel internacional, en unos casos que preocupan a toda la Humanidad. Esto es muy lamentable”.

Resoluciones. Se continúa haciendo referencia a la siguiente serie de distintas resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre armas nucleares y *opinio juris*: a) Resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre Armas Nucleares (1961-1981); b) Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en Congelar Armas Nucleares (1982-1992); c) Resoluciones de la Asamblea General de la ONU Condenado las Armas Nucleares (1982-2015); d) Resoluciones de la Asamblea General de la ONU Siguiendo la Opinión Consultiva de 1996 de la CIJ (1996-2015). Al respecto el Juez Cançado Trindade recuerda que las partes en litigio abordaron las resoluciones de la Asamblea General de la ONU referentes al desarme nuclear.

Las resoluciones de seguimiento de la Asamblea General contienen párrafos que hacen referencia a la obligación de proseguir y concluir, de buena fe, las negociaciones conducentes al desarme nuclear, sin hacer referencia al TNP ni a los Estados Partes en él. Se refieren más bien a esa obligación como una obligación general, sin fundamento en ninguna disposición del tratado. Todos los Estados, y no sólo los Estados Partes en el TNP, están llamados a cumplir con prontitud esa obligación que incumbe a todos los Estados de informar (al Secretario General) sobre el cumplimiento de las resoluciones en cuestión. En resumen, “las referencias a todos los Estados son deliberadas y, en ausencia de referencias a un tratado u otra obligación internacional específicamente impuesta, esto apunta hacia una obligación del derecho consuetudinario de negociar y lograr el desarme nuclear”.

Continuando con las resoluciones de las Naciones Unidas, destaca su larga saga en la condena de las armas nucleares, haciendo

especial mención a la histórica “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares (24 de noviembre de 1961). Hace también referencia a que las armas de destrucción masiva han sido ilegalizadas pero, sin embargo, las armas nucleares, mucho más destructivas, no han sido prohibidas todavía, lo cual califica de absurdidad jurídica que nutre la miopía positivista.

Vuelta al Libro del Génesis. Al igual que su Opinión Disidente (paras. 488-489) en el caso relativo a la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (Croacia versus Serbia, Sentencia de 03.02.2015), el Juez Cançado Trindade reflexiona al respecto de que “[l]a presencia del mal ha acompañado y marcado la existencia de la humanidad a lo largo de los siglos”, con el “creciente desprecio por la vida humana”. Bajo su percepción, “el trágico mensaje del Libro del Génesis parece perenne [...] en la actual era nuclear”.

La Atención de la Carta de las Naciones Unidas a los Pueblos. A continuación otorga una especial atención a la Carta de las Naciones Unidas a los Pueblos, al exponer que existe una nueva visión que tiene incidencia sobre la solución judicial de las controversias internacionales. Por lo tanto, el hecho de que el mecanismo de la CIJ para tramitar los casos contenciosos sea interestatal, no significa que su razonamiento también deba perseguir una dimensión estrictamente interestatal. Dependerá, expone, de la naturaleza y del fondo de los casos presentados. Este razonamiento, más allá de la dimensión interestatal es fiel a la Carta de las Naciones Unidas, siendo la CIJ “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas”. Concluye diciendo que los presentes casos relativos a la obligación del desarme nuclear requieren que la atención se centre en los pueblos, en aras de una perspectiva humanista, más que en las susceptibles interestatales.

El “Principio” del oro amonedado y la Infundada Estrategia de “Disuasión”. A continuación hace referencia al llamado “principio” del Oro Amonedado, el cual no tiene lugar en los presentes casos pues no pertenece al ámbito de la “prima principia”, ya que no es más que una concesión al consentimiento estatal, dentro de un marco voluntarista estatal anticuado.

El Juez Cançado Trindade habla la “Disuasión” pretendida como una estrategia

infundada con un componente suicida. Defiende la existencia de una *opinio juris communis* en lo que respecta a la ilegalidad y la prohibición de las armas nucleares, y la supervivencia de la humanidad no puede depender de la “voluntad” y la insistencia en los “intereses de seguridad nacional” de un puñado de Estados privilegiados. La conciencia jurídica universal, concluye, está muy por encima de la “voluntad” de los Estados.

Desarme Nuclear y Iusnaturalismo Respecto a sus consideraciones sobre la ilegalidad de las armas nucleares y la obligación del desarme nuclear, abarca y desarrolla puntos como la condena de todas las armas de destrucción masiva; la prohibición de armas nucleares; las prohibiciones absolutas de *jus cogens* y la humanización del derecho internacional, y los obstáculos del positivismo jurídico. Con esto, recalca la necesidad de un enfoque centrado en las personas, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vida.

Advierte que, en el camino hacia el desarme nuclear, los pueblos del mundo no pueden permanecer como rehenes del consentimiento individual del Estado. Las prohibiciones absolutas de la privación arbitraria de la vida humana, la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y la imposición de sufrimientos innecesarios son prohibiciones del *jus cogens*, que tienen incidencia en el DIDH, DIH, DIR y DPI, fomentando el actual proceso histórico de humanización del derecho internacional.

La opinión disidente del Juez Cançado Trindade continúa con un análisis de pensamiento iusnaturalista, el cual defiende que la ética no puede separarse del derecho. La producción de armas nucleares es una ilustración del divorcio entre consideraciones éticas y el progreso científico y tecnológico. Si no, las armas que pueden destruir millones de civiles inocentes no habrían sido concebidas. Las armas nucleares están en una flagrante brecha con los principios fundamentales del *droit de gens*, con los del DIH y DIDH así como con el derecho de las Naciones Unidas.

Asimismo, respecto al principio de humanidad y el enfoque universalista, recuerda que la perspectiva interestatal provocó desastrosas consecuencias durante todo el siglo XX. En la actual era nuclear, que abarca las últimas siete décadas, la humanidad en su conjunto está amenazada.

La creación de Zonas Libres de Armas Nucleares. Con un mensaje más esperanzador, menciona con especial detalle los tratados que han ido creando zonas libres de armas nucleares desde la adopción en 1966 del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina y en el Caribe (Tlatelolco), una iniciativa que claramente sigue ganando terreno. Todo ello refleja una creciente desaprobación, por la comunidad internacional en su conjunto, de las armas nucleares, las cuales constituyen un agravio a la *recta ratio*.

Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares. El Juez Cançado Trindade examina las recientes Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares (en Oslo en marzo de 2013, en Nayarit en Febrero de 2014 y en Viena en diciembre de 2014) y explica que han llamado la atención sobre los efectos humanitarios de las armas nucleares, restaurando la posición central de la preocupación por los seres humanos y los pueblos. Asimismo, estas conferencias han contribuido a una comprensión más profunda de las consecuencias y riesgos de una detonación nuclear, y han demostrado su devastadora inmediatez, los efectos a medio y largo plazo por el uso y los ensayos de armas nucleares.

Las iniciativas analizadas en sus Opiniones Disidentes van más allá de la perspectiva interestatal. En opinión del juez Cançado Trindade, “existe una gran necesidad de seguir mirando más allá de los Estados para contemplar la búsqueda de los pueblos y de la humanidad para sobrevivir a nuestros tiempos.

Consideraciones finales. En sus consideraciones finales, el Juez Cançado Trindade entiende que la *opinio juris communis* tiene una dimensión mucho más amplia que el elemento subjetivo de la costumbre, siento un elemento clave en la formación de un derecho de conciencia, a fin de librar al mundo de la amenaza inhumana de las armas nucleares.

Tal y como expone, “*opinio juris* se convirtió en un elemento clave en la formación misma del derecho internacional, un derecho de

conciencia”. Agrega también que los fundamentos del orden jurídico pasaron a ser considerados independientes y trascendentes de la “voluntad” de cada Estado; *opinio juris communis* llegó a dar expresión a la “conciencia jurídica”. Este derecho internacional de conciencia es el que gira hacia el desarme nuclear, en aras de la supervivencia de la humanidad.

8. CONCLUSIONES FINALES

Sin duda, las reminiscencias del Juez Cançado Trindade sirven de ilustración a estudiosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las nuevas generaciones. Tal y como él dice, rescatar la protección internacional de la persona humana atiende a una necesidad personal, la de “intentar salvar lo que para uno es precioso de la tormentosa erosión del tiempo”¹⁵. En palabras del magistrado, es necesario seguir impulsando las aproximaciones entre los complementarios regímenes de protección. Este impulso contribuye a una búsqueda de soluciones efectivas y a la mejora y fortalecimiento de la protección internacional de la persona en cualquier situación o circunstancia¹⁶.

Resultaría conveniente terminar este artículo destacando la referencia que el Juez Cançado Trindade hace en su exposición *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*¹⁷, a Piero Calamandrei. En esta conferencia rescata un escrito de hace casi medio siglo donde Calamandrei observa que el término sentencia deriva de la misma raíz etimológica que “sentimiento”. Es decir, la sentencia no es obra sólo del intelecto y de la ciencia, consistente en declarar algo que ya existe, sino también es un producto de creación incluso cuando el juez busca la solución de un trabajo particular guiándose por premisas de orden general y también por el reconocimiento de ciertos valores superiores. Lo escrito por Calamandrei es la base de las opiniones disidentes de Cançado Trindade y, consecuentemente, también de este artículo.

NOTAS

1. BEA PÉREZ, E., *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.11.
2. CANÇADO TRINDADE, A. A., *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, United Nations: Audiovisual Library of International Law, The Hage, 2010.
3. CANÇADO TRINDADE, A. A., *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium. General Course on Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 281.
4. BEA PÉREZ, E., *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade. Reflexiones sobre la Justicia Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.12.
5. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 1 de abril de 2011 disponible en: www.icj-cij.org/docket/files/140/16414.pdf.
6. Opinión Disidente Conjunta del Juez Cançado Trindade y Abdulqawi Ahmed Yusuf respecto al fallo de la CIJ de 4 de mayo de 2011 disponible en: www.icj-cij.org/docket/files/124/16490.pdf.
7. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 3 de febrero de 2012 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16891.pdf>.
8. S. Weil, "Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale", (Euvres, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 273-347.
9. S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed.
10. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 3 de abril de 2015 disponible en: www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf.
11. S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona.
12. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 5 de octubre de 2016 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/158/19146.pdf>.
13. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 5 de octubre de 2016 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/159/19178.pdf>.
14. Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade respecto al fallo de la CIJ de 5 de octubre de 2016 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/160/19210.pdf>.
15. CANÇADO TRINDADE, A. A., *El ejercicio de la función judicial internacional. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Del Rey, Belo Horizonte 2011, p. 2.
16. CANÇADO TRINDADE, A. A., "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario.
17. CANÇADO TRINDADE, A. A., *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, United Nations: Audiovisual Library of International Law.

