

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Lamento no poder acompañar la mayoría de la Corte en cuanto al criterio por ésta adoptado en los párrafos 60 y 62 y la decisión por ésta tomada en el punto resolutivo n. 5 de la presente Sentencia sobre reparaciones. En mi Voto Razonado en la Sentencia anterior (del 18 de enero de 1995) en el mismo caso *El Amparo*, sostuve que la Corte debería en aquella etapa del proceso (reconocimiento de responsabilidad efectuado por la República de Venezuela) haber expresamente reservado la facultad de también examinar y decidir sobre la solicitud original de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la incompatibilidad o no de la vigencia del artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como, en la presente Sentencia, la Corte decidió abstenerse de pronunciarse sobre la materia, me veo en la obligación de presentar mi Voto Disidente.

2. El señalamiento por la Corte de que lo dispuesto en el artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar¹ "no ha sido aplicado en el presente caso" (párrafo 58), no la priva de su competencia para proceder a la determinación de la incompatibilidad o no de aquellas disposiciones legales² con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mi entendimiento, la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la *amenaza* real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.

3. No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación *in abstracto* de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría como sostener el deber de prevención. Una ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana).

4. Al abstenerse de pronunciarse sobre la materia, la Corte dejó de proceder, como le competía, al examen o determinación de la incompatibilidad de la vigencia del artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con los deberes generales consagrados en la Convención Americana de *garantizar* los derechos en ella reconocidos (artículo 1) y de

¹ . El artículo 54 del Código de Justicia Militar otorga al Presidente de la República, como "funcionario de justicia militar", las atribuciones de ordenar que "no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente" a los intereses nacionales (inciso 2), y de ordenar "el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa" (inciso 3).

² . Y los reglamentos e instrucciones castrenses.

adoptar disposiciones de derecho interno (medidas legislativas o de otro carácter) que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (artículo 2). Considero la Corte plenamente habilitada a pronunciarse sobre este punto específico, aún ante la invocada no aplicación de las referidas disposiciones del Código de Justicia Militar en el *cas d'espèce*.

5. Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos³. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas⁴. Puede efectivamente hacerlo ante el simple *riesgo* de ser directamente afectado por una ley⁵, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada⁶. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea *aplicable* en forma tal que el *riesgo* o *amenaza* que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica⁷.

6. Un entendimiento en contrario minaría el *deber de prevención*, consagrado en la jurisprudencia de esta Corte. Se ha precisado el amplio alcance de tal deber, el cual abarca todas las medidas, legislativas y administrativas y otras, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones de éstos sean efectivamente tratadas como hechos ilícitos acarreando sanciones para sus responsables⁸. La reparación, como concepto genérico, abarca también estos elementos, además de las indemnizaciones debidas a las víctimas. La reparación plena, que en el presente contexto se configura como la reacción del ordenamiento jurídico de protección a los hechos violatorios de los derechos garantizados, tiene un amplio alcance. Incluye, a la par de la *restitutio in integrum* (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que posible) y las indemnizaciones (a la luz del principio general del *neminem laedere*), la rehabilitación, la

³. A ejemplo de lo ocurrido, v.g., en los casos *Kjeldsen* (1972) e *Donnelly* (1973) ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

⁴. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Klass y Otros*, Sentencia del 06.09.1978, pár. 34.

⁵. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Marckx*, Sentencia del 13.06.1979, pár. 27; Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Johnston y Otros*, Sentencia del 18.12.1986, pár. 42.

⁶. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Dudgeon*, Sentencia del 22.10.1981, párrs. 41 y 63. En el caso *De Jong, Baljet y van den Brink*, la Corte Europea se refirió a su *jurisprudence constante* ("well-established case-law") según la cual la existencia de una violación de la Convención era "concebible aún en la ausencia de detrimento"; Sentencia del 22.05.1984, pár. 41.

⁷. Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas), caso *Aumeeruddy-Cziffra y Otras*, Observaciones del 09.04.1981, pár. 9.2. Independientemente de las conclusiones en cuanto a la determinación de los hechos en un caso, no hay como negar que una ley interna pueda, por su propia existencia, constituir una violación directa de los derechos protegidos; Comité de Derechos Humanos, caso de los *Impedidos y Minusválidos Italianos*, Observaciones del 10.04.1984, pár. 6.2.

⁸. Tal como señalado por la Corte Interamericana en los casos *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29.07.1988, pár. 175; y *Godínez Cruz*, Sentencia del 20.01.1989, pár. 185.

satisfacción y - significativamente - la garantía de no repetición de los hechos violatorios (el deber de prevención).

7. A partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de disposiciones legales de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos deja, a mi modo de ver, de ser una *cuestión abstracta*. Una ley puede *per se* configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en la ausencia de una medida de aplicación. Una ley puede *per se* revelarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, no imponga límites precisos al poder discrecional atribuido a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos⁹. Una ley puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos.

8. El cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una ley que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos es una *cuestión concreta*. En mi entendimiento, es la *existencia de víctimas*¹⁰ la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente *in abstracto* de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de un caso concreto, como el de *El Amparo*. La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto.

9. En la presente Sentencia sobre reparaciones, la decisión de la Corte de abstenerse de pronunciarse sobre la incompatibilidad de la vigencia del artículo 54(2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela¹¹ con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo n. 5) busca fundamentarse (párrafos 59-60) en un *obiter dictum* de su Opinión Consultiva (sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, OC-14/94), del 09 de diciembre de 1994, según el cual "no existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención"¹². La Corte deja de responder a la cuestión previa si una ley, por su propia existencia, afecta, o puede afectar, los derechos protegidos por la Convención.

⁹ . Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Malone*, Sentencia del 02.08.1984, párrs. 67-68. Una ley que atribuye tal poder discrecional debe indicar expresamente el alcance y los límites precisos de tal poder; Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Silver y Otros*, Sentencia del 25.03.1983, párrs. 86-88.

¹⁰ . En el presente dominio de protección, las víctimas de violaciones de derechos humanos ocupan una posición central; y cómo claramente lo revela el contencioso de reparaciones e indemnizaciones, son ellas, las víctimas - y no la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - la verdadera parte demandante ante la Corte. Es lo que se puede desprender inequívocamente de esta Sentencia y de la audiencia pública del 27 de enero de 1996 ante la Corte en el presente caso.

¹¹ . Y los reglamentos e instrucciones castrenses.

¹² . Párrafo 49 de la Opinión Consultiva OC-14/94.

10. Un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe, a mi juicio, partir de la premisa de que una ley, por su propia existencia, "no ha afectado aún" los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección¹³ se orienta y se inclina hoy día claramente en otro sentido. La decisión de la Corte sobre este punto específico, basada en el referido *obiter dictum* de su Opinión Consultiva OC-14/94, colide, a mi modo de ver, con la letra y el espíritu del artículo 62(1) y (3) de la Convención Americana, en virtud del cual la competencia contenciosa de la Corte se extiende a *todos los casos relativos a la interpretación y aplicación* de las disposiciones de la Convención. Estas últimas incluyen los deberes de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos y de adecuar su derecho interno a la normativa de la Convención para tornar efectivos tales derechos.

11. Por consiguiente, la determinación de la incompatibilidad de una ley interna con la Convención no es prerrogativa exclusiva del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte. La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley¹⁴) con la Convención *in abstracto*, mientras que, en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. La Convención Americana efectivamente autoriza la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte tiene la competencia *ratione materiae*, y debía, pues, haber procedido a esta determinación y a la fijación de sus consecuencias jurídicas.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

¹³ . La cual corresponde a la evolución de la noción de *víctima* en el derecho internacional de los derechos humanos; cf. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1987, vol. 202, pp. 243-299.

¹⁴ . Como lo admite la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva (sobre la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, OC-4/84), del 19 de enero de 1984 (párrafos 22-29).