

VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. He concurrido con mi voto en la adopción de la presente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Caesar versus Trinidad y Tobago*. Dada la relevancia legal de los temas tratados por la Corte en su decisión, así como los subyacentes al mismo y referentes al presente caso, me siento obligado a dejar constancia de mis reflexiones personales sobre los mismos como los fundamentos para mi posición sobre el tema. Me referiré, en el presente Voto Razonado, a los siguientes puntos que considero claves, no solo para lograr un mejor entendimiento de la decisión de la Corte en el presente caso de *Caesar*, pero también para el manejo de futuros casos en que también puedan surgir dichos temas: a) la humanización de la ley de los tratados, como se ilustra por los desarrollos respecto a la interpretación de tratados, reservas a los tratados, denuncia de los tratados y la terminación y suspensión de la operación de los tratados; b) el estado de derecho internacional: no comparecencia ante un tribunal internacional y la obligación de cumplir con sus sentencias; y c) el creciente contenido material y alcance del *jus cogens* en el derecho internacional contemporáneo.

I. La Humanización de la Ley de los Tratados.

2. No es de sorprenderse que las consideraciones básicas de la humanidad rodean los dominios recientemente surgidos de las leyes internacionales, tales como el de la protección internacional de los derechos humanos. Pero la incidencia de esas consideraciones sobre las áreas más tradicionales del derecho internacional, que en el pasado eran abarcadas, casi invariablemente, desde el ángulo de la "voluntad" de los Estados, es indicativo de nuevos tiempos y una nueva mentalidad centrada más bien en los últimos destinatarios de las normas internacionales, los seres humanos.

3. El derecho de los tratados merece una ilustración pertinente, revelando que ya no está más a merced de la "voluntad" de los Estados y que ella, también, reconoce ciertos valores comunes superiores que la comunidad internacional como un todo considera deben ser preservados. Algunos ejemplos pertinentes pueden ser encontrados en áreas del derecho de los tratados que se refieren a la interpretación de los tratados, reservas a los tratados, denuncia de tratados y terminación y suspensión de la operación de tratados. Sin embargo, yo revisaré cada uno de ellos brevemente antes de presentar mis observaciones de cierre sobre el tema.

1. Consideraciones sobre la Interpretación de los Tratados.

a) Comentarios Generales.

4. Cuando uno procede a interpretar los tratados de derechos humanos, así como otros tratados internacionales, uno se inclina a recurrir primero a las disposiciones establecidas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986, respectivamente), y en particular a la combinación según el artículo 31 de los elementos del significado normal de los términos, el contexto y el objeto y fin de los tratados en cuestión¹. Entonces es muy fácil encontrar que, en la práctica, mientras que en el derecho

¹ Cf. Maarten Bos, "Theory and Practice of Treaty Interpretation", 27 *Netherlands International Law Review* (1980) pp. 3-38 y 135-170; W. Lang, "Les règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités et les divers types de traités", 24 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1973) pp. 113-173; C.H. Schreuer, "The Interpretation of Treaties by International Courts", 45 *British Year Book of International Law* (1971) pp. 255-301;

tradicional ha habido una marcada tendencia a buscar más bien una interpretación más restrictiva que le da la mayor precisión posible a las obligaciones de los Estados Partes, en el derecho internacional de los derechos humanos, de manera un poco distintiva, ha existido un énfasis claro y especial sobre el elemento del objeto y fin del tratado, con el fin de asegurar una protección efectiva (*effet utile*)² de los derechos garantizados.

5. Mientras que en el derecho internacional general los elementos para la interpretación de los tratados evolucionó principalmente como lineamientos para el proceso de interpretación por los Estados Partes mismos, los tratados de derechos humanos, por su parte, han requerido una interpretación de sus disposiciones tomando en cuenta la naturaleza esencialmente objetiva de las obligaciones asumidas por los Estados Partes: dichas obligaciones buscan la protección de los derechos humanos y no el establecimiento de derechos subjetivos y recíprocos para los Estados Partes. De ahí, el especial énfasis en el elemento del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, de lo cual la jurisprudencia de los dos Tribunales regionales de Derechos Humanos – el Interamericano y el Europeo – ofrecen un testimonio elocuente.

6. La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos ha sido guiada por las consideraciones de un interés general superior u *ordre public* que trasciende los intereses individuales de las Partes Contratantes. Tal como ha sido indicado por la *jurisprudence constante* de los dos tribunales internacionales de derechos humanos, esos tratados son diferentes a los tratados clásicos, incluyendo concesiones y compromisos recíprocamente restrictivos; los tratados de derechos humanos prescriben obligaciones de una naturaleza esencialmente objetiva, implementadas de manera colectiva por medios de supervisión propios³. La rica jurisprudencia sobre métodos de interpretación de los tratados de derechos humanos ha mejorado la protección del ser humano a nivel internacional y ha enriquecido el Derecho Internacional bajo el impacto del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

7. La convergente jurisprudencia en este sentido ha generado el entendimiento común, en los sistemas regionales (Europeo e Interamericano) de protección a los derechos humanos, que los tratados de derechos humanos están dotados de una naturaleza especial (como se distingue de los tratados multilaterales tradicionales); que los tratados de derechos humanos tienen un carácter normativo, de *ordre public*; que sus términos deben ser interpretados de manera autónoma; que en su aplicación uno debe asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados; que las obligaciones ahí consagradas tienen una naturaleza objetiva y deben ser cumplidas por los Estados Partes, que tienen el deber adicional común de ejercitar la garantía colectiva de los derechos protegidos; y que las restricciones permisivas (limitaciones y derogaciones) al ejercicio de los derechos garantizados deben ser interpretados de manera restrictiva. El trabajo de los Tribunales Interamericanos y Europeos de Derechos Humanos sin duda ha contribuido a la creación de un *ordre public* internacional basado en el

Ch. de Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en Droit international public*, Paris, Pédone, 1963, pp. 9-264.

² M.K. Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", 151 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1976) p. 74; J.B. Acosta Estévez and A. Espaliat Larson, *La Interpretación en el Derecho Internacional Público y Derecho Comunitario Europeo*, Barcelona, PPU, 1990, p. 105, y cf. pp. 105-107.

³ A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts, in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Procedimientos de la III Conferencia Conjunta ASIL/Asser Instituut, La Haya, julio 1995), La Haya, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 y 166-167.

respeto por los derechos humanos en cualquier circunstancia⁴.

8. Tal y como he ponderado en mi Voto Razonado en el caso de *Blake versus Guatemala* (reparaciones, 1999) ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos,

"(...) así, en materia de tratados de derechos humanos, cabe tener siempre presente el carácter objetivo de las obligaciones que encierran, el sentido autónomo (en relación con el derecho interno de los Estados) de los términos de dichos tratados, la garantía colectiva subyacente a éstos, el amplio alcance de las obligaciones de protección y la interpretación restrictiva de las restricciones permisibles. Estos elementos convergen al sostener la integridad de los tratados de derechos humanos, al buscar la realización de su objeto y propósito, y, por consiguiente, al establecer límites al voluntarismo estatal. De todo esto se desprende una nueva visión de las relaciones entre el poder público y el ser humano, que se resume, en última instancia, en el reconocimiento de que el Estado existe para el ser humano, y no viceversa⁵."

9. Otro aspecto a ser recordado aquí es el del significado autónomo de los términos de los tratados de derechos humanos (a diferencia de su significado por ejemplo en el derecho nacional). El punto, enfatizado por el Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las ONUA) en la adopción de sus puntos de vista en el caso de *Van Duzen versus Canada* (en 1982), ha sido tratado también por los dos Tribunales regionales – europeo e interamericano – de Derechos Humanos. La Corte Europea ha endosado la doctrina de la interpretación autónoma en sus sentencias, por ejemplo, en los casos de *Ringeisen* (1971), *König* (1978) y *Le Compte* (1981 y 1983). Por su parte, la Corte Interamericana en su sexta Opinión Consultiva sobre *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1986), aclaró que la palabra "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana, a ser examinada no solo según el principio de legalidad, pero también con el de legitimidad, implica una norma jurídica de una naturaleza general, referida al "bienestar general", que emana de los órganos legislativos establecidos de manera constitucional y elegidos democráticamente y elaborado según el procedimiento de creación de leyes establecido por las Constituciones de los Estados Partes.

10. Además, la interpretación dinámica o evolutiva de las respectivas Convenciones de derechos humanos (la dimensión intertemporal) ha sido seguido tanto por la Corte Europea⁶ como la Corte Interamericana⁷, para cumplir con las cambiantes necesidades de protección del

⁴ A.A. Cançado Trindade, "Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de l'Homme" (Discours du Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme), in CourEDH, *Cour Européenne des Droits de l'Homme - Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CourEDH, 2004, pp. 41-50.

⁵ CIDH, caso de *Blake versus Guatemala* (Reparaciones), Sentencia del 22.01.1999, Serie C, n. 48, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, pp. 52-53, párra. 33, y cf. párrs. 32-34.

⁶ V.g., casos de *Tyrer versus el Reino Unido* (1978), *Airey versus Irlanda* (1979), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Dudgeon versus el Reino Unido* (1981), entre otros.

⁷ Cf., en este sentido, el *obiter dicta in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Opinión Consultiva OC-10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, del 14.07.1989, párrs. 37-38; CIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 01.10.1999, párrs. 114-115, y el Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 9-

ser humano; en su décimo sexta y pionera Opinión Consultiva, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), que ha inspirado la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre el tema, la Corte Interamericana ha aclarado que, en su interpretación de las normas de la Convención Americana, se debe extender la protección en situaciones nuevas (tales como la referente a la observancia del derecho a información sobre asistencia consular) sobre la base de derechos preexistentes. La misma visión ha sido planteada por la Corte Interamericana en su posterior y progresista décimo octava Opinión Consultiva, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003).

11. Hay una jurisprudencia convergente de las dos Cortes de Derechos Humanos – y sin duda de otros órganos internacionales supervisores de derechos humanos – sobre este tema. Por lo tanto, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera reiterada en este sentido⁸; en el caso de *Loizidou versus Turquía* (1995), por ejemplo, la Corte Europea expresamente descartó restricciones indebidas que solo servirían para “seriamente debilitar” su papel en el cumplimiento de sus funciones y “además disminuirían la efectividad de la Convención como un instrumento constitucional del orden público Europeo (*ordre public*)”⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha de manera similar y repetida enfatizado el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y la naturaleza objetiva de las obligaciones que surgen de los mismos¹⁰, así como el carácter especial de los tratados de derechos humanos a diferencia de los tratados multilaterales tradicionales¹¹.

12. Dicha convergencia de puntos de vistas de los dos Tribunales regionales de Derechos Humanos sobre el tema fundamental de la interpretación adecuada de los tratados de derechos humanos naturalmente resulta de la identidad preponderante del objeto y fin de esos tratados. El derecho internacional general en sí mismo es testigo del principio (aparentemente subsumido bajo la regla general de la interpretación del artículo 31 de las dos Convenciones de Viena sobre la Ley de los Tratados) según la cual la interpretación es permitirle a un tratado tener los efectos apropiados¹², - un principio al que se ha recurrido en casos de eventuales llamadas indebidas a una interpretación restrictiva. Hay una *jurisprudence constante* que lleva hacia la interpretación restrictiva de disposiciones que limitan o restringen el ejercicio de

11; CIDH, caso de los “Niños de la Cella” (*Villagrán Morales et al. versus Guatemala*), Sentencia (sobre el fondo) del 19.11.1999, párrs. 193-194; CIDH, caso de *Cantoral Benavides versus Perú*, Sentencia (sobre el fondo) del 18.08.2000, párrs. 99 y 102-103; CIDH, caso de *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre el fondo) del 25.11.2000, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 34-38; CIDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, Sentencia (sobre el fondo y reparaciones) del 31.08.2001, párrs. 148-149; CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia (reparaciones) del 22.02.2002, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 3.

⁸. Por ejemplo, en sus sentencias en los casos de *Wemhoff* (1968), *Lingüística Belga* (1968), *Golder* (1975), *Irlanda vs. el Reino Unido* (1978) y *Soering* (1989), entre otros.

⁹. CEDH, caso de *Loizidou versus Turquía* (objeciones preliminares, Sentencia del 23.03.1995, párr. 75).

¹⁰. CIDH, Opiniones Consultivas n. 1, sobre “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (1982), y n. 3, sobre *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983), entre otras.

¹¹. E.g., *inter alia*, CIDH, Opinión Consultiva n. 2, sobre *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1982).

¹². Cf., e.g., CIDH, Opinión Consultiva n. 4, sobre la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* (1984).

derechos humanos reconocidos¹³.

13. Un aspecto que no debe pasar desapercibido en este sentido es que las medidas de derogación y las limitaciones no deben ser inconsistentes con las otras obligaciones según el derecho internacional de incumbencia para el Estado Parte involucrado: por lo tanto, ni las cláusulas de derogación ni las disposiciones de limitaciones de un tratado específico de derechos humanos deberán ser interpretados como restrictivos del ejercicio de cualquier derecho humano protegido en mayor grado por otros tratados de derechos humanos en los cuales el Estado Parte involucrado también es Parte. Dicho entendimiento encuentra apoyo en la regla de derecho internacional según la cual la interpretación y aplicación de un tratado no puede restringir las obligaciones de un estado que resulte de otros tratados sobre el tema – en el presente caso, la protección de derechos humanos -- de los cuales el Estado en cuestión es también Parte. En el presente dominio, el derecho internacional ha sido utilizado para mejorar y fortalecer – y nunca para debilitar o minar – la protección de los derechos humanos reconocidos¹⁴.

14. La especificidad del derecho internacional de derechos humanos encuentra su expresión no solo en la interpretación de los tratados de derechos humanos en general pero también en la interpretación de disposiciones específicas de dichos tratados. Se pueden encontrar ilustraciones pertinentes por ejemplo en disposiciones que contienen referencias al derecho internacional general. Tal es el caso, por ejemplo, del requisito del agotamiento previo de remedios locales como una condición de admisibilidad de las denuncias o comunicaciones según los tratados de derechos humanos; la regla de los remedios locales es prueba de la interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional en el presente dominio de protección, que es fundamentalmente orientado a la víctima, preocupado con los derechos de los seres humanos individuales en lugar de los de los Estados. Los principios o reglas generalmente reconocidos del derechos internacional – al que se refiere la formulación de la regla de remedios locales en los tratados de derechos internacional, - además de seguir una evolución propia en los contextos distintivos en que se deben aplicar, necesariamente sufren, al ser insertados en los tratados de derechos humanos, de un cierto grado de ajuste o adaptación¹⁵, dictado por la naturaleza especial del objeto y fin de esos tratados y por la ampliamente reconocida especificidad del derecho internacional de derechos humanos¹⁶.

b) Temas Procesales.

¹³. Por lo tanto, en su sentencia en el caso de *Golder* (1975), la Corte Europea de Derechos Humanos claramente estableció que no había espacio para las limitaciones implícitas (*limitations implicites*); desde entonces ha prevalecido el punto de vista de que las únicas limitaciones o restricciones permitidas son las expresamente establecidas en el tratado mismo de derechos humanos. El *obiter dicta* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su séptima Opinión Consultiva, sobre *La Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (1986) refuerza la interpretación necesariamente restrictiva de las restricciones al ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos.

¹⁴. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 401.

¹⁵. Cf., e.g., CIDH, Opinión Consultiva n. 11, Sobre las *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* [cf.] (1990).

¹⁶. Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-443.

15. Tanto la Corte Europea como la Interamericana han fijado, de manera correcta, límites al voluntarismo del Estado, han protegido la integridad de las correspondientes Convenciones de derechos humanos y la primacía de las consideraciones de *ordre public* sobre la voluntad de los Estados individuales, han fijado mayores estándares al comportamiento del Estado y establecido algún grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por los Estados y han mejorado de manera tranquilizadora la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de Derechos Humanos con completa capacidad procesal. En lo que se refiere a la base de su jurisdicción en cuestiones contenciosas, hay ilustraciones elocuentes de su posición firme en apoyo a la integridad de los mecanismos de protección de las dos Convenciones, como por ejemplo, en las decisiones de la Corte Europea en el caso de *Belilos versus Suiza* (1988), en el caso de *Loizidou versus Turquía* (Objeciones Preliminares, 1995), y en el caso de *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc y T. Petrov-Popa versus Moldovia* y el caso de la *Federación Rusa* (2001), así como por las decisiones de la Corte Interamericana en los casos del *Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein versus Perú* (Jurisdicción, 1999), y en el caso de *Hilaire, Constantine y Benjamin et al. versus Trinidad y Tobago* (Objeciones Preliminares, 2001).

16. Los dos Tribunales internacionales de derechos humanos, al resolver correctamente asuntos procesales básicos presentados en los casos arriba mencionados, han utilizado adecuadamente las técnicas del derecho internacional público con el fin de fortalecer sus respectivas jurisdicciones de protección del ser humano. Han protegido de manera decisiva la integridad de los mecanismos de protección de las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, a través de las cuales se logra la emancipación jurídica de la persona humana *vis-à-vis* de su propio Estado. Adicionalmente han logrado una construcción jurisprudencial notable respecto al derecho de acceso a la justicia (y la obtención de reparaciones) a nivel internacional.

17. En su Sentencia histórica en el caso, respecto a Perú, de la masacre de *Barrios Altos* (2001), v.g., la Corte Interamericana advirtió que las disposiciones de amnistía, de prescripción y de factores excluyentes de responsabilidad, que pretendían impedir la investigación y castigo de aquellos responsables por las violaciones graves de derechos humanos (tales como tortura, ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y desapariciones forzosas) son inadmisibles; violan derechos no derogables reconocidas por el Derecho Internacional de Derechos Humanos. Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la Corte (con respecto a la prescripción) en su decisión en el caso de *Bulacio versus Argentina* (2003).

c) Derecho Positivo.

18. En cuanto al derecho positivo, la contribución de las dos Cortes internacionales de derechos humanos en este sentido es ilustrado por numerosos ejemplos de sus respectivas jurisdicciones en cuanto a los derechos protegidos por las dos Convenciones regionales. La Corte Europea tiene una amplia e impresionante jurisprudencia, por ejemplo, sobre el derecho a la protección de la libertad y seguridad de la persona (artículo 5 de la Convención Europea) y el derecho a un juicio justo (artículo 6). La Corte Interamericana tiene una jurisprudencia significativa sobre el derecho fundamental a la vida, que incluye también las condiciones de vida, como por ejemplo en su decisión en el caso paradigmático de los llamados "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales et al. versus Guatemala*, Fondo, 1999).

19. Hay también otro ejemplo que se puede traer a colación. La definición del crimen de

tortura encontrado hoy día en dos de las tres Convenciones coexistentes contra la Tortura (la Convención de la ONU de 1984, artículo 1 y la Convención Interamericana de 1985, artículo 2) le debe su contenido a la jurisprudencia del derecho internacional de derechos humanos en lugar de a la tipificación del crimen de tortura a nivel del derecho nacional. De hecho, los elementos constitutivos de la tortura en la definición encontrada en las dos Convenciones arriba mencionadas¹⁷ resulta de la construcción jurisprudencial de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso de *Grecia* (1967-1970), discutido luego por la Comisión y la Corte Europea en el caso de *Irlanda versus el Reino Unido* (1971-1978).

20. En esta instancia particular, la jurisprudencia internacional influyó en la legislación internacional en el campo de la protección de los derechos humanos. La extensa jurisprudencia de la Corte Europea cubre casi la totalidad de los derechos protegidos por la Convención Europea y algunos de sus Protocolos. Por su parte la creciente jurisprudencia de la Corte Interamericana parece ser innovadora y progresista con respecto al derecho a la vida, reparaciones en sus múltiples formas y medidas provisionales de protección, estas últimas beneficiando algunas veces a los miembros de las colectividades humanas completas¹⁸.

2. Consideraciones sobre las Reservas a los Tratados.

21. Los cuerpos de supervisión internacional en el dominio de la protección de derechos humanos han, en años recientes, revelado su conciencia – y, en algunas ocasiones, su determinación – con el fin de preservar la integridad de los tratados de derechos humanos. Se puede recordar que, inspirados en el criterio sostenido por el Tribunal Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención Contra Genocidio*¹⁹, que el presente sistema de reservas establecido en las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986, artículos 19-23)²⁰, al unir la formulación de reservas a la aquiescencia o las objeciones a los mismos para la determinación de su compatibilidad con el objeto y fin de los tratados es de una naturaleza marcadamente voluntaria y contractual.

22. Dicho sistema lleva a una fragmentación (en las relaciones bilaterales) de las obligaciones convencionales de los Estados Partes a los tratados multilaterales, apareciendo inadecuado para los tratados de derechos humanos, los cuales se inspiran en valores comunes superiores y se aplican de conformidad con la noción de *garantía colectiva*. Ese sistema de

¹⁷. Específicamente, sufrimiento físico o mental severo, causado de manera intencional para obtener información o una confesión, con el consentimiento o aquiescencia de autoridades u otras personas actuando bajo capacidad oficial.

¹⁸. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Les Mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", 4 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2003) pp. 13-25; A.A. Cançado Trindade, "The Evolution of Provisional Measures of Protection under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)", 24 *Human Rights Law Journal* - Strasbourg/Kehl (2003) n. 5-8, pp. 162-168.

¹⁹. En que, - podemos recordar, - el Tribunal de La Haya endosó la llamada práctica panamericana con relación a las reservas a los tratados, dada su flexibilidad y en búsqueda de un cierto equilibrio entre la *integridad* del texto del tratado y la *universalidad* de la participación en el mismo; de ahí el criterio de la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados. Cf. *Informes de la CIJ* (1951) pp. 15-30; y cf., *a contrario sensu*, la Opinión Disidente Conjunta de los Jueces Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo (pp. 31-48), así como la Opinión Disidente del Juez Álvarez (pp. 49-55), sobre las dificultades generadas por este criterio.

²⁰. Eso es, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, - a lo que uno podría agregar, en el mismo sentido, la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en el Tema de Tratados de 1978 (Artículo 20).

reservas²¹ sufre de insuficiencias notorias cuando es transpuesto del derechos de tratados en general al dominio del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Para comenzar, no distingue entre los tratados de derechos humanos y los tratados clásicos, haciendo abstracción de la *jurisprudence constante* de los cuerpos de supervisión internacional de derechos humanos, convergiendo en resaltar dicha distinción.

23. Permite las reservas (no objetadas) de un amplio alcance que amenazan la integridad misma de los tratados de derechos humanos; permite las reservas (no objetadas) a disposiciones de estos tratados que incluyen estándares mínimos universales (minando, v.g., las garantías judiciales básicas de los derechos inviolables). Si ciertos derechos fundamentales – comenzando con el derecho a la vida – son inderogables (en los términos de los tratados de derechos humanos mismos), prohibiendo así cualquier derogación que, por definición, sea de un carácter temporal o transitorio, - con más razón, me parecería a mi, *a fortiori* que no admitirían ninguna reserva, perpetuada en el tiempo hasta que y salvo que sea retirado por el Estado en cuestión; dichas reservas serían, en mi entendimiento, sin ningún *caveat*, incompatible con el objeto y fin de esos tratados.

24. Aunque las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíben la aceptación de reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado en cuestión, dejan, sin embargo, varias preguntas sin responder. El criterio de la compatibilidad es aplicado en las relaciones con los Estados que efectivamente objetaron las reservas, aunque dichas objeciones a menudo son motivadas por factores – incluyendo políticos – distintos a una preocupación sincera y genuina por parte de los Estados objetantes respecto al objeto y fin del tratado correspondiente. Por la misma razón, del silencio o aquiescencia de los Estados Partes con respecto a ciertas reservas uno no puede inferir una creencia por su parte de que las reservas son compatibles con el objeto y fin del tratado en cuestión.

25. Además, dicho silencio o aquiescencia pareciera minar la aplicación del criterio de la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del tratado. Y las dos Convenciones de Viena a las que se ha hecho referencia tampoco son claras en cuanto a los efectos legales de una reserva no permitida o de una objeción a una reserva considerada incompatible con el objeto y fin del tratado en cuestión. Tampoco clarifican quien debiera en última instancia determinar la permisibilidad u otro de una reserva, o debe pronunciarse sobre su compatibilidad u otro con el objeto y fin del tratado en cuestión.

26. El presente sistema de reservas permite incluso reservas (no objetadas) que dificultan las posibilidades de acción de los cuerpos supervisores internacionales (creados por los tratados de derechos humanos), haciendo difícil el cumplimiento de su objeto y fin. Las arriba mencionadas Convenciones de Viena no solo no establecen un mecanismo para determinar la compatibilidad u otro de una reserva con el objeto y fin de un tratado específico²², pero – aún

²¹. Endosado, e.g., por la Convención Americana de Derechos Humanos (referencia cruzada del artículo 75).

²². Como ninguna de las arriba mencionadas Convenciones de Viena ni – antes de ellas – la mencionada Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, define lo que constituye la compatibilidad u otro (de una reserva) con el objeto y fin de un tratado, la determinación es dejada a la interpretación de este último, sin que se haya definidos tampoco sobre quien debe caer dicha determinación, de qué manera y cuándo debe hacerse. Al momento de la adopción de esa Opinión Consultiva (1951), ni la mayoría de la Corte de la Haya, ni los Jueces disconformes en ese momento, previeron el desarrollo de la supervisión internacional de derechos humanos por los cuerpos convencionales de protección; de ahí las insuficiencias de la solución, en ese momento avanzada, y endosada años más tarde por las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de Tratados a los que se ha hecho referencia.

más grave – tampoco impiden ciertas reservas o restricciones formuladas (en la aceptación de la jurisdicción de los cuerpos de protección internacional)²³ lo cual viene a dificultar la operación de los mecanismos de supervisión internacional creados por los tratados de derechos humanos en el ejercicio de la garantía colectiva.

27. El presente sistema de reservas, el cual recuerda a la antigua práctica panamericana, rescatada por el Tribunal Internacional de Justicia²⁴ y las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de Tratados, por haberse cristalizado en las relaciones entre Estados, no de manera sorprendente aparece completamente inadecuado para los tratados cuyos beneficiarios finales son los seres humanos y no las Partes Contratantes. Definitivamente, los tratados de derechos humanos, volcados hacia las relaciones entre los Estados y seres humanos bajo su jurisdicción, no representa un sistema de reservas que lo vea desde una perspectiva esencialmente contractual y voluntaria, minando su integridad, permitiendo su fragmentación, dejando a discreción de las Partes mismas la determinación final del grado de sus obligaciones convencionales.

28. Dado que las dos Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no ofrecen ninguna indicación para una aplicación objetiva del criterio de compatibilidad u otro de una reserva con el objeto y fin de un tratado, al contrario, lo dejan para ser aplicado de manera individual y subjetiva por las Partes Contratantes mismas, de manera tal que, al final, solo el Estado que hace la reserva sabe bien el grado de las implicaciones de su reserva. A pesar de los esfuerzos en textos de expertos realizados con el fin de sistematizar la práctica de los Estados sobre este tema²⁵, es difícil evitar la impresión de que dicha práctica ha estado rodeada por incertidumbres y ambigüedades y ha continuado siendo no concluyente hasta esta fecha. Esta falta de definición no es para nada tranquilizadora para los tratados de derechos humanos, dotados como están con mecanismos de supervisión internacional propios. Esta visión general de falta de definición han por lo tanto, de manera no sorpresiva, llevado a la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) a comprometerse a preparar una Guía de la Práctica sobre Reservas a los Tratados²⁶ (cf. *infra*).

²³. Hay una diferencia entre una reserva *stricto sensu* y una restricción en el instrumento de aceptación de la jurisdicción de un cuerpo internacional de supervisión, aún cuando sus efectos legales son similares.

²⁴. La Opinión Consultiva del TIJ sobre las *Reservas a la Convención contra Genocidio* (1951) marcó el paso gradual, en el tema de reservas a los tratados, de la regla de unanimidad (de su aprobación por los Estados Partes), a la prueba de su compatibilidad con el objeto y fin del tratado. De manera general, la Convención de Viena incorporó la doctrina panamericana flexible sobre las reservas, según una tendencia en este sentido de la práctica internacional ya formada en la época; I.M. Sinclair, "Conferencia de Viena sobre el Derecho de Tratados", 19 *Derecho Internacional y Comparativo Trimestral* (1970) pp. 47-69; y cf. Artículos 19-20 de la Convención de Viena.

²⁵. Cf., e.g., J.M. Ruda, "Reservations to Treaties", 146 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1975) pp. 95-218; D.W. Bowett, "Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties", 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977) pp. 67-92; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pédone, 1979, pp. 9-464; K. Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, LGDJ, 1958, pp. 1-358; K. Zemanek, "Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Nijhoff, 1984, pp. 323-336; Ch. Tomuschat, "Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties", 27 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1967) pp. 463-482; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Uppsala, Swedish Institute of International Law, 1988, pp. 184-222.

²⁶. Cf. ONU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su Trabajo de la 50 Sesión* (1998), *Registros Oficiales de la Asamblea General* – Suplemento n. 10(A/53/10), pp. 195-214 ("Reservas a los Tratados: Guía a la Práctica").

29. Llama la atención, por ejemplo, encontrarse la lista extensa de reservas, numerosas y a momentos larga, y a menudo incongruente, de los Estados Partes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la OUN²⁷; y los problemas prácticos generados por muchas de las reservas (también numerosas y no siempre consistentes) de los Estados Partes a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU son bien conocidos, - a lo que uno podría agregar las reservas a la Convención contra la Tortura de la ONU y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial²⁸.

30. Con la persistencia de lo inadecuado y las insuficiencias del sistema actual de reservas, no es del todo sorprendente que, primero que todo, múltiples expresiones de insatisfacción en este sentido en la doctrina legal contemporánea (tanto en los estudios generales sobre el tema²⁹ y con respecto a tratados específicos de derechos humanos³⁰); y en segundo lugar, la preparación de los cuerpos internacionales de supervisión de derechos humanos para afirmar su competencia para aplicar por sí mismos el criterio de compatibilidad (*supra*) y contribuir así a asegurar la integridad de los respectivos tratados de derechos humanos.

31. A nivel regional, en su conocida sentencia en el caso de *Belilos versus Suiza* (1988)³¹, *locus classicus* sobre el tema, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró la declaración de una reserva (de un carácter general) de Suiza a la Convención Europea de Derechos Humanos incompatible con el objeto y fin de este último (a la luz del artículo 64). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su segunda y tercer Opinión Consultiva³², resaltó las dificultades de una transposición pura y simple del sistema de reservas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 al dominio de la protección internacional de los derechos humanos.

²⁷. Recopilado por la Secretaría General de las Naciones Unidas y recolectado en el documento: ONU, CCPR/C/2/Rev.4, de 24.08.1994, pp. 1-139 (versión en inglés), y pp. 1-160 (versión en español).

²⁸. Para un estudio de los problemas creados por las reservas a estos cuatro tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, cf. L. Lijnzaad, *Reservations to U.N. Human Rights Treaties - Ratify and Ruin?*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 131-424.

²⁹. Cf. D. Shelton, "State Practice on Reservations to Human Rights Treaties", 1 *Canadian Human Rights Yearbook/Annuaire canadien des droits de la personne* (1983) pp. 205-234; C. Redgwell, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", 64 *British Year Book of International Law* (1993) pp. 245-282; L. Lijnzaad, *op. cit. supra* n. (28), pp. 3-424; M. Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights", 15 *California Western International Law Journal* (1985) pp. 1-49; L. Sucharipa-Behrmann, "The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties", 1 *Austrian Review of International and European Law* (1996) pp. 67-88.

³⁰. Cf. B. Clark, "The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination against Women", 85 *American Journal of International Law* (1991) pp. 281-321; W.A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child", 18 *Human Rights Quarterly* (1996) pp. 472-491; A. Sanchez Legido, "Algunas Consideraciones sobre la Validez de las Reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos", 20 *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* (1994) pp. 207-230; C. Pilloud, "Reservations to the Geneva Conventions of 1949", *International Review of the Red Cross* (March/April 1976) pp. 3-44.

³¹. Seguido por el caso de *Weber* (1990).

³². En su tercer Opinión Consultiva sobre las *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983) la Corte advirtió que el tema de la reciprocidad en lo que se refiere a las reservas no podía ser aplicado completamente a los tratados de derechos humanos (párrafos 62-63 y 65). Anteriormente en su segunda Opinión Consultiva sobre el *Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1982), la Corte rechazó la posposición de la entrada en vigencia de la Convención Americana por aplicación del artículo 20.4 de la Convención de Viena de 1969 (párrafo 34).

32. A nivel global, en el caso de *I. Gueye et alii versus Francia* (1989), v.g., el Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU), a pesar de una reserva *ratione temporis* del Estado demandado³³, entendió que la pregunta en cuestión³⁴ era justiciable según el Pacto³⁵, y concluyó que había una violación del artículo 26 del Pacto³⁶. El mismo Comité, en su *comentario general* n. 24(52), de noviembre de 1994, advirtió que las disposiciones de las dos Convenciones de Viena y las reglas clásicas sobre las reservas (basadas en la reciprocidad) no eran apropiadas para los tratados de derechos humanos dada la especial naturaleza en el Convenio como tratado de derechos humanos del tema de la compatibilidad de una reserva con su objeto y fin, que en lugar de dejarse a discreción de las manifestaciones de los Estados Partes *inter se*, debe ser determinada de manera objetiva por el Comité de Derechos Humanos mismo con base en los principios jurídicos³⁷.

33. Dada la especificidad del Derecho Internacional de Derechos Humanos, parece haber una posición fuerte para dejar la determinación de la compatibilidad u otra de las reservas con el objeto y fin de los tratados de los derechos humanos a los cuerpos internacionales de supervisión establecidos por ellos, en lugar de en los Estados Partes mismos; esto sería más acorde con la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos. Los dos tribunales internacionales de derechos humanos (el europeo y el interamericano) consideran que el sistema individualista de reserva no pareciera estar acorde con la noción de maquinaria colectiva de control propia de los tratados de derechos humanos. El *obiter dicta* de las dos Cortes regionales de Derechos Humanos han sido emitidos a pesar del hecho de que la Convención Europea (artículo 64)³⁸ y la Convención Americana (artículo 75) sobre Derechos Humanos no les confieren a ellas esta función de manera expresa; de hecho la Convención Americana se limita a referirse a las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

34. Dadas las incertidumbres, ambigüedades y lagunas en el sistema actual de reservas a los tratados de las dos Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (*supra*), se ha avanzado en las propuestas dentro de la doctrina contemporánea³⁹ tendiendo al menos a reducir la tensión en cuanto a la aplicación adecuada de los tratados de derechos humanos en el tema de las reservas, específicamente: *primero*, la inclusión de una indicación expresa en los tratados de derechos humanos de las disposiciones que no aceptan reservas (tales como los referentes a los derechos fundamentales inderogables), como un mínimo irreducible para participar en dichos tratados; *segundo*, en cuanto los Estados Partes han procedido con la armonización de su ordenamiento jurídico interno con las normas de esos tratados (tal y como se requiere según estos últimos), el retiro de sus reservas a las mismas⁴⁰; *tercero*, la modificación o

³³. Al artículo 1 del (primer) Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁴. Respecto a los beneficios de pensiones de más de 700 miembros Senegaleses retirados del ejército francés.

³⁵. Ya que los efectos de la legislación francesa sobre el tema duraron hasta ese entonces.

³⁶. Comunicación n. 196/1985, decisión del 03.04.1989 (y decisión anterior de admisibilidad del 05.11.1987).

³⁷. Párrafos 17 y 20; texto en: ONU/Comité de Derechos Humanos, documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, del 02.11.1994, pp. 6-7.

³⁸. Antes del Protocolo n. 11, en el caso de *Loizidou*, *supra*.

³⁹. Cf., e.g., referencias en ns. (29) y (30), *supra*.

⁴⁰. Cf., en esta línea de razonamiento, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), el principal documento

rectificación, por el Estado Parte, de una reserva considerada no-permitida o incompatible con el objetivo y fin del tratado⁴¹, por medio de la cual una reserva ya no sería vista como un elemento formal y final de la manifestación del consentimiento del Estado, si no que más bien como una medida esencialmente temporal, a ser modificada o removida lo más pronto posible; *cuarto*, la adopción de un posible “sistema colegiado” para la aceptación de reservas⁴², para proteger la naturaleza normativa de los tratados de derechos humanos, tomando en cuenta, en este sentido, el ejemplo particular de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴³; *quinto*, la elaboración de lineamientos (aunque no sean vinculantes) sobre las reglas existentes (de las dos Convenciones de Viena de 1969 y 1986) sobre el tema de las reservas con el fin de clarificarlas en la práctica⁴⁴; y *sexto*, la atribución a los depositarios de los tratados de derechos humanos de la facultad para solicitar información periódica de los Estados que emiten una reserva sobre las razones por las cuales aún no han retirado sus reservas a dichos tratados.

35. El reciente trabajo (a partir de 1993) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre el tema del *Derecho y la Práctica Respecto a Reservas a los Tratados* tiende a identificar la esencia de la cuestión en la necesidad de determinar las facultades de los cuerpos internacionales de supervisión de los derechos humanos en el tema, a la luz de las reglas generales del derecho de los tratados⁴⁵. Esta posición lleva a la abstracción de la especificidad del Derecho Internacional de Derechos Humanos, apegándose a los postulados existentes del Derecho de los tratados. Los debates de 1997 de la Comisión de Derecho Internacional se enfocaron de manera efectiva en el tema de la aplicabilidad del sistema de reservas de las Convenciones de Viena con relación a los tratados de derechos humanos. Aunque prevaleció el punto de vista de que las disposiciones correspondientes de estas Convenciones no debieran ser modificadas⁴⁶, se reconoció que el sistema de reservas debe ser mejorado, dadas sus lagunas, especialmente con relación a las reservas no permisibles⁴⁷.

36. En los debates de la Comisión, incluso se admitió que los cuerpos convencionales de protección de naturaleza judicial (las Cortes regionales Europeas e Interamericanas de Derechos Humanos) se pronuncien sobre la permisibilidad de las reservas cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones⁴⁸; dichas consideraciones fueron reflejadas en las

adoptado por la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, II parte, párrafo 5, y cf. I parte, párrafo 26.

⁴¹. Cf. nota (28), *supra*.

⁴². Posibilidad que vino a ser considerada en la Conferencia de Viena que adoptó la Convención de 1969.

⁴³. Sistema de dos terceras partes de los Estados Partes, establecido en el artículo 20.2 de esa Convención.

⁴⁴. Tal y como lo planteó en 1998 la Comisión Internacional de Derecho de las Naciones Unidas; cf. nota (24), *supra*.

⁴⁵. Cf. A. Pellet (relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU), *Segundo Informe sobre el Derecho y la Práctica Referente a las Reservas a los Tratados* (1997), párrafos 164, 204, 206, 209, 227, 229 y 252.

⁴⁶. ONU, *Informe de la Comisión de Derechos Internacional sobre el Trabajo de su 49 Sesión* (1997), *Registros Oficiales de la Asamblea General* – Suplemento n. 10(A/52/10), p. 94, párr. 47.

⁴⁷. *Ibid.*, p. 112, párr. 107. En este sentido, se advirtió que los Estados a menudo y a consciencia formulan reservas incompatibles con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos ya que saben que no serán cuestionados y debido a la falta de sanciones por dichas reservas, llevando así a los Estados a volverse Parte de dichos tratados sin realmente comprometerse con ellos; *ibid.*, pp. 117-118, párrs. 129-130.

⁴⁸. *Ibid.*, pp. 106-107, 119 y 121-122, párrs. 82, 84, 134, 138 y 143, respectivamente.

"Conclusiones Preliminares sobre las Reservas a Tratados Normativos Multilaterales Incluyendo Tratados de Derechos Humanos", adoptado por la Comisión en 1997 (párrafos 4-7)⁴⁹. En mi entendimiento, hay razones convincentes para ir más allá, y el trabajo relevante de la CDI sobre el tema podría llevar a soluciones satisfactorias para los cuerpos de supervisión internacional de derechos humanos al grado que comenzó con el reconocimiento de la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y otorgarle así precisión a las consecuencias jurídicas – para el tratamiento de la cuestión de reservas – que resulten de ese reconocimiento.

37. Sin embargo, no parece probable, que esté preparado para continuar con ese enfoque. En su más reciente versión de sus *Lineamientos sobre las Reservas a los Tratados* (2003), adoptados de manera provisional por la CDI, instó a los Estados y las organizaciones internacionales a "realizar una revisión periódica" de sus reservas a los tratados y a "considerar retirar aquellas que ya no sirven a su propósito"⁵⁰, - aunque no continúe con el arriba mencionado enfoque. Dicha revisión, - agregó la CDI, - "debe prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales"⁵¹. Por lo tanto, el lineamiento 2.5.3 refleja las preocupaciones de los cuerpos supervisores ("especialmente pero no exclusivo al campo de los derechos humanos"), para llamar a menudo a los Estados a reconsiderar sus reservas y si es posible a retirarlas⁵². La CDI ha concedido que

"La referencia a la integridad de los tratados multilaterales es una alusión al retiro de reservas, que podría afectar la unidad del régimen de los tratados"⁵³.

38. Se puede resaltar que los tratados de derechos humanos han de alguna manera sido separados en lo que se refiere a la denuncia y terminación y suspensión de la operación de los tratados; por lo tanto yo no veo ninguna razón epistemológica o jurídica por la cual no podría ser hecho también en relación con las reservas. Desde mi punto de vista, la concesión de la facultad de determinar la compatibilidad u otro de las reservas con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos a los cuerpos internacionales de supervisión mismos creados por dichos tratados, sería mucho más conformes con la naturaleza especial de estos últimos y con el carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección⁵⁴.

39. Hay todo un sentido lógico y común en la atribución de dicha facultad a esos cuerpos, como guardianes que son de la integridad de los tratados de derechos humanos, en lugar de abandonar dicha determinación a los Estados Partes Interesados mismos, como si fueran, o pudieran ser, los árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales⁵⁵. Dicho

⁴⁹. Texto en *ibid.*, pp. 126-127.

⁵⁰. Cf. U.N./ILC, *Informe de la Comisión del Derecho Internacional* (Sesión 55, mayo-junio y julio-agosto 2003), G.A.O.R. - Suppl. n. 10 (doc. A/58/10), del 2003, p. 184.

⁵¹. *Ibid.*, p. 184.

⁵². *Ibid.*, p. 207.

⁵³. *Ibid.*, p. 208, y cf. pp. 216, 244 y 251 (sobre la "limitación" del alcance de reservas previas, llevando a su retiro).

⁵⁴. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 152-170.

⁵⁵. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* – Castellón/España (1999) pp. 145-221.

sistema de determinación objetiva promovería el proceso de institucionalización progresiva de la protección internacional de derechos humanos⁵⁶, así como la creación de un verdadero orden público internacional (*ordre public*) basado en el completo respeto a, y observación de los derechos humanos. Va siendo tiempo que el proceso actual de *humanización* del Derecho Internacional⁵⁷ abarca también el dominio del derecho de los tratados, que tradicionalmente ha sido tan vulnerable ante las manifestaciones del voluntarismo de los Estados.

40. Es mi entender que, desde la perspectiva de una comunidad internacional con una institucionalización mínima, el sistema de reservas a los tratados, tal y como prevalece aún hoy en nuestros días, es rudimentario y algo primitivo. Hay una necesidad latente de desarrollar un sistema de determinación objetiva de la compatibilidad u otra de las reservas con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, aunque se puede considerar necesario que para eso haya una disposición expresa en los futuros tratados de derechos humanos, o la adopción en ese sentido de protocolos a los instrumentos existentes⁵⁸.

41. Solo con un sistema de ese tipo de determinación objetiva tendremos éxito en ser coherentes con la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos, que establecen obligaciones de un carácter objetivo y son aplicados por medio del ejercicio de la garantía colectiva. Solo entonces lograremos establecer, en el ámbito del derecho de los tratados, estándares de comportamiento que contribuirán a la creación de un verdadero *ordre public* internacional basado en el respeto y observación de derechos humanos, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección. Estamos ante la necesidad de la renovación y humanización del derecho de los tratados como un todo, incluyendo también las formas de manifestación del consentimiento del Estado.

42. Yo no visualizo como no tomar en cuenta la experiencia de la supervisión internacional acumulada por los cuerpos convencionales de protección de los derechos humanos en las últimas décadas. Cualquier evaluación sería del sistema actual de reservas a los tratados no puede obviar tomar en cuenta la práctica, sobre este tema, de dichos cuerpos de protección. No puede pasar inadvertido que el Tribunal Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva ya mencionada de 1951, efectivamente reconoció de manera pionera, la naturaleza especial de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, pero sin haber extraído de su reconocimiento todas las consecuencias jurídicas para el régimen de reservas a los tratados.

43. Después de casi medio siglo, esta es la tarea que nos corresponde a todos aquellos que tenemos la responsabilidad y el privilegio de actuar en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos. Las palabras pronunciadas por el Tribunal de la Haya en 1951 siguen siendo de interés actual, al establecer que, en una Convención como la de 1948, adoptada con fines "puramente humanitarios,

"(...) los Estados Contratantes no tienen ningún interés propio;

⁵⁶. Para la concepción de derechos humanos como un "imperativo jurídico autónomo", cf. D. Evrigenis, "Institutionnalisation des droits de l'homme et droit universel", in *Internationales Colloquium über Menschenrechte* (Berlin, Oktober 1966), Berlin, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen, 1966, p. 32.

⁵⁷. A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* - Belo Horizonte/Brasil (2001) pp. 11-23.

⁵⁸. Como se sugirió en el arriba mencionado "Conclusiones Preliminares" de 1997 (párrafo 7) de la Comisión de Derecho Internacional; cf. ONU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional...* (1997), *op. cit. supra* n. (46), pp. 126-127.

simplemente tienen, cada uno y todos de ellos, un interés común, específicamente, el cumplimiento de aquellos propósitos superiores que son la *raison d'être* de la Convención. De manera consecuente, en una Convención de este tipo uno no puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los estados, del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre los derechos y las obligaciones. Los altos ideales que inspiraron la Convención ofrecen, por virtud de la voluntad común de las Partes, los fundamentos y medidas de todas sus disposiciones"⁵⁹.

44. No le veo ningún sentido a tratar de escapar del reconocimiento de la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un todo, reconocimiento que hasta donde yo entiendo, no amenaza de ninguna manera la unidad del Derecho Internacional Público; muy al contrario, contribuye al desarrollo de la aptitud de este último para asegurar, dentro del presente dominio, cumplimiento con las obligaciones convencionales de protección de los Estados *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones. Con la evolución del Derecho Internacional de Derechos Humanos, es el Derecho Internacional Público mismo el que se justifica y legitima al afirmar principios jurídicos, conceptos y categorías propias del presente dominio de protección, con base en premisas fundamentalmente distintas a las que han guiado la aplicación de sus postulados a nivel puramente de las relaciones inter-estatales.⁶⁰

45. Por lo tanto, yo no estoy proponiendo aquí que el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos sea realizado en detrimento del derecho de los tratados; mi entendimiento, completamente distinto, es en el sentido de que las normas del derecho de los tratados (tales como las establecidas en las dos Convenciones de Viena arriba mencionadas, que de por sí son de una naturaleza residual) puede enriquecerse en gran medida con el impacto del Derecho Internacional de Derechos Humanos, y desarrollar su aptitud para regular de manera adecuada las relaciones legales a niveles inter-estatales y intra-estatales, bajo los correspondientes tratados de protección. En el sostenimiento del desarrollo de un sistema de determinación objetiva – que nos parece completamente necesario – de la compatibilidad u otro de las reservas con el objeto o fin de los tratado de derechos humanos de manera específica, en que los cuerpos de protección internacional creados por dichos tratados jugarían un papel importante, no vemos ninguna amenaza a la “unidad” del derecho de los tratados.

46. Al contrario, es difícil que haya algo más fragmentador y subdesarrollado que el sistema actual de reservas de las dos Convenciones de Viena, razón por la cual sería completamente ilusorio asumir que, continuar aplicándolo como se ha hecho hasta ahora, estaría por lo tanto promoviendo la “unidad” del derecho de los tratados. La verdadera unidad del derecho de los tratados, dentro del marco del Derecho Internacional Público, estaría mejor servido por la búsqueda de mejoras en esta área, superando las ambigüedades, incertidumbres y lagunas del sistema actual de reservas, a través del desarrollo de un sistema de determinación objetiva (*supra*), de conformidad con la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y el carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección.

⁵⁹. Tribunal Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28.05.1951, *Informes del TIJ* (1951) p. 23; y, para un estudio sobre el tema, cf. A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (ed. D. Prémont), Brussels, Bruylant, 1996, pp. 53-89.

⁶⁰. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", *op. cit. supra* n. (53), pp. 145-221.

La unidad del Derecho Internacional Público mismo se mide más bien por su capacidad de regular las relaciones legales en diferentes contextos con igual adecuación y efectividad.

3. Consideraciones sobre la Denuncia de los Tratados.

47. Las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969 y 1986) determinan que un tratado que no contiene ninguna disposición sobre la denuncia no está sujeto a ser denunciado, salvo que se pueda establecer que la intención de las partes era admitir la posibilidad de denuncia y que esto último “puede estar implícito en la naturaleza del tratado” (artículo 56.1). Por lo tanto, las dos Convenciones de Viena abren el camino a tomar en cuenta la naturaleza o especificidad de ciertos tratados. Como ya se ha visto, la naturaleza especial de los tratados de un carácter humanitario (tales como los tratados de derechos humanos) ha sin duda sido tomado en cuenta y ha sido ampliamente reconocido. Por consiguiente, se han establecido ciertos límites con respecto a la denuncia de dichos tratados.

48. De hecho, las consideraciones básicas de humanidad han impregnado también las cláusulas de denuncia de ciertos tratados. Esto es aptamente ilustrado, v.g., por las disposiciones sobre denuncias de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre el Derecho Internacional Humanitario de 1949. Según esas disposiciones (artículo común 63/62/142/158), la denuncia, que entrará en efecto un año después de su notificación, no deberá, sin embargo, mientras que la facultad de denuncia esté envuelto en un conflicto, tener ningún efecto “hasta que se haya concluido la paz”, y hasta que las “operaciones relacionadas con la liberación y repatriación de las personas protegidas” por las Convenciones de Ginebra “han sido terminadas”. De esta manera, las obligaciones de las Partes en cuanto al resguardo de las personas protegidas por esas Convenciones subsiste, en cualquier circunstancia, *vis-à-vis* la facultad de denuncia, mientras dure el conflicto y no se haya concluido la liberación y repatriación de las personas protegidas⁶¹.

49. Adicionalmente, las disposiciones sobre la denuncia de las arriba mencionadas cuatro Convenciones de Ginebra (artículo común 63/62/142/158) expresamente mantienen las obligaciones basadas en “los principios del derecho de las naciones” conforme resultan de “las leyes de la humanidad” y “los dictados de la conciencia pública” (la cláusula Martens). Dichas obligaciones, como fue correctamente establecido por B.V.A. Röling, continúan gobernando la conducta humana aún cuando los tratados ya no son vinculantes⁶², - contrario a, yo agregaría, lo que los positivistas argumentarían de manera mecánica. Tal y como he sostenido en detalle en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18 de esta Corte sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), la ley para la protección de los seres humanos no se agota en las normas y reglas del derecho positivo, envuelve también los principios (que informan y conforman aquellas normas y reglas), sin los cuales no hay ningún sistema legal del todo.

50. Media década después de la adopción de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, H.W. Briggs resaltó, de manera pertinente, que la consideración de esta Convención en la jurisprudencia internacional

⁶¹. Las consideraciones tradicionales de reciprocidad también son descartadas cuando se trata de aplicar, v.g., las disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario, tales como los del artículo 3 común respecto a las obligaciones convencionales del Estado *vis-à-vis* personas bajo su jurisdicción; la reciprocidad aquí produce consideraciones de protección de un orden superior.

⁶². B.V.A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Ámsterdam, Djambatan, 1960, pp. 37-38.

"ha sido de ayuda en favorecer la consolidación de la ley contra las denuncias unilaterales de los acuerdos internacionales sin responsabilidad por las mismas "⁶³.

La Convención de la ONU de 1984 contra la Tortura, en esta línea de preocupación, establece (artículo 31.2) que una denuncia de la misma no deberá tener el efecto de liberar a la Parte denunciante de sus obligaciones según la Convención con respecto a "cualquier acto u omisión que ocurre antes de la fecha en que la denuncia se vuelve efectivo", ni deberá la denuncia perjudicar de ninguna manera la "consideración continúa" de cualquier asunto que ya esté bajo el escrutinio del Comité de la ONU contra la Tortura "antes de la fecha en que la denuncia se vuelve efectiva".

51. A nivel regional, la Convención Europea sobre Derechos Humanos, según fue enmendada por el Protocolo n. 11, establece (artículo 58) así mismo que una denuncia de la misma no tendrá el efecto de liberar a la Parte denunciante de sus obligaciones según la Convención con respecto a "cualquier acto que, siendo capaz de constituir una violación de dichas obligaciones, puede haber sido realizado por el mismo antes de la fecha en que la denuncia se vuelva efectiva". Por su parte, en una línea de pensamiento similar, la Convención Interamericana de 1999 para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad determina (Artículo XIII) que una denuncia de la misma "no eximirá" al Estado Parte de las obligaciones impuestas sobre el mismo por la Convención con respecto a "toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia".

52. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 78) solo permite la denuncia "después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma", y por medio de "un preaviso de un años". Además, dicha denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte que denuncia de las obligaciones incluidas en la Convención con respecto a "todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones" y que "haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto". El tema de los efectos de la denuncia, dentro de dichos límites, se volvió importante en casos recientes respecto a Trinidad y Tobago bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.

53. Trinidad y Tobago se volvió Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 28.05.1991, y aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana en asuntos contenciosos en esa misma fecha. Más adelante, el 26.05.1998, denunció la Convención Americana; según el artículo 78 de la Convención, dicha denuncia comenzó a tener efectos un año después, el 26.05.1999. Un día antes de esta fecha la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte el caso de *Hilaire*; posteriormente, después de esta fecha, le presentó a la Corte el caso de *Constantine et al.* (el 22.02.2000) y el caso de *Benjamin et al.* (el 05.10.2000), - los tres de ellos respecto a Trinidad y Tobago.

54. Dado que los mismos se referían a actos realizados por el Estado antes de la fecha de su denuncia, la Corte mantenía su jurisdicción y entró a conocerlos casos (según el artículo 78.2 de la Convención), y emitió sus Sentencias sobre las objeciones preliminares en los tres casos el 01.09.2001, rechazando una restricción indebida presentada por el Estado en su

⁶³. H.W. Briggs, "Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice", 68 *American Journal of International Law* (1974) p. 68.

instrumento de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte (reiterada en los tres casos en la forma de una objeción preliminar). Dicha restricción habría limitado la jurisdicción de la Corte al grado en que su ejercicio sería consistente con la Constitución nacional; la Corte los consideró incompatible con el objeto y fin de la Convención y un intento de subordinar esta última a la Constitución nacional, lo cual sería inadmisibles⁶⁴.

55. La Corte luego ordenó la acumulación de los tres casos y sus respectivos procedimientos (el 30.11.2001), y emitió su Sentencia sobre el fondo, encontrando violaciones a la Convención Americana el 21.06.2002. Paralelo a eso, también después de que la denuncia de Trinidad y Tobago se volvió efectiva (el 26.05.1999), la Corte ordenó sucesivas Medidas Provisionales de Protección, del 27.05.1999 al 02.12.2003, en el caso de *James et al. versus Trinidad y Tobago* (dado que también se referían a actos realizados por el Estado antes de la fecha de su denuncia a la Convención). Todas estas decisiones de la Corte siguen siendo vinculantes para el Estado denunciado; su denuncia de la Convención no tiene el efecto radical que uno podría tender a asumir *prima facie*, ya que la cláusula de denuncia bajo la Convención Americana (*supra*) estaba rodeada de limitaciones temporales de manera que no le permitirá minar la protección de los derechos humanos ahí establecida.

56. Por lo tanto, ni la institución de la denuncia de tratados es tan absoluta en sus efectos como una podría tender a asumir *prima facie*. A pesar de su apertura a las manifestaciones del voluntarismo del estado, la denuncia ha sido, sin embargo, impregnada también con las consideraciones básicas de la humanidad en lo que se refiere a los tratados de una naturaleza humanitaria. En última instancia, uno se enfrenta aquí con el principio fundamental, superior e inescapable de *buena fe* (*bona fides*), y uno debe actuar según el mismo.

4. Consideraciones sobre la Terminación y Suspensión de la Operación de los Tratados.

57. La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos es testigo de la penumbra de la reciprocidad y de la prominencia de consideraciones de *ordre public* en el presente dominio. De hecho, la prohibición de la invocación de reciprocidad como un subterfugio para el incumplimiento de las obligaciones convencionales humanitarias, es corroborada en términos inequívocos por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la cual, al disponer la condición en la que una violación del tratado puede resultar en su terminación o la suspensión de su operación, expresa y específicamente exceptúa las "disposiciones relacionadas con la protección del ser humano incluidas en los tratados de una naturaleza humanitaria" (artículo 60.5).

58. La disposición del artículo 60.5 de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969 y 1986), reconociendo la naturaleza especial de los "tratados de carácter humanitario" y estableciendo una de las consecuencias jurídicas resultante de los mismos, constituye una cláusula de resguardo en defensa del ser humano. En este sentido consideré apropiado resaltar, en un estudio sobre el tema publicado hace 14 años, que

"el derecho de los tratados mismo en nuestros días, tal y como lo confirma el artículo 60.5 de la Convención de Viena [sobre el Derecho de los Tratados], descarta el precepto de reciprocidad en la implementación de los

⁶⁴. CIDH, párrs. 93 y 98-99 de la Sentencia de la Corte en el caso de *Hilaire*; y párrs. 84 y 89-90 de las Sentencias de la Corte en los casos de *Benjamin et al.* y *Constantine et al.*.

tratados de protección internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por virtud precisamente del carácter humanitario de esos instrumentos. Al abrir una brecha en el velo de un dominio de derecho internacional – como al que se refiere los tratados - tan fuertemente infiltrado por el voluntarismo de los Estados, la anterior mencionada disposición del artículo 60.5 de la Convención de Viena constituye una cláusula de resguardo en defensa del ser humano"⁶⁵.

59. En la explicación de uno de los participantes en la Conferencia de Viena de 1968-1969 de la cual surgió la primera Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la disposición en cuestión resultó de una enmienda Suiza, rápidamente apoyada por varias Delegaciones, al efecto de que el fundamento para la terminación o suspensión de la operación de los tratados no debe ser aplicado a los tratados de un carácter humanitario, que abarcan disposiciones de protección del ser humano⁶⁶. El artículo 60.5 se mantuvo en la segunda Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986). Otro participante en la Conferencia de Viena de 1968-1969 ponderó que hay ciertas obligaciones – de protección del ser humano - dotadas con un “carácter absoluto” que no se puede permitir sean reducidas a

"l'idée d'une régression définitive de la conscience humaine est difficile à accepter. En revanche il serait souhaitable que la pratique internationale se moralise dans tous les domaines et acquière ainsi, par la reconnaissance des États, un niveau croissant de valeur: il pourrait et il devrait y avoir normalement de nouvelles règles progressives. Sans qu'il soit nécessaire d'insister sur ce point, les racines profondes d'une telle conception rejoignent la tradition du droit naturel, rajeunie de nos jours par la conception du droit naturel à contenu progressif. En ce sens aussi, on pourrait soutenir que les règles impératives ont dépassé le stade coutumier pour atteindre un niveau plus stable qui est celui des principes généraux du droit international public"⁶⁷.

60. Por lo tanto, el derecho contemporáneo mismo de los tratados, según lo establecido por el artículo 60.5 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, superando el precepto de reciprocidad en la implementación de los tratados de un carácter humanitario, considera que las obligaciones ahí consagradas son de *ordre public*, y pueden generar efectos *erga omnes*. La superación de la reciprocidad en la protección de derechos humanos ha ocurrido en medio de la constante búsqueda por una expansión del ámbito de protección (para el resguardo de una círculo cada vez más amplio de individuos, en cualquier circunstancia), para lograr un mayor grado de la protección debida y para el fortalecimiento gradual del mecanismo de supervisión en defensa de los valores superiores comunes.

5. Observaciones Finales.

61. Por último, pero no por eso menos importante, se le debe prestar atención a la interacción de los tratados de derechos humanos en el proceso de interpretación. Dada la

⁶⁵. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo/Brasil, Ed. Saraiva, 1991, pp. 11-12.

⁶⁶. G.E. do Nascimento e Silva, *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, MRE/Imprensa Nacional, 1971, p. 81.

⁶⁷. P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2nd. ed., Paris, PUF, 1985, p. 120.

multiplicidad de esos tratados, no es de sorprenderse que se haya recurrido a la interpretación y aplicación de ciertas disposiciones de tratados definidos de derechos humanos como orientación para la interpretación de las disposiciones correspondientes de otro tratado de derechos humanos – normalmente más reciente. La práctica de los cuerpos internacionales de supervisión – incluyendo bajo los dos sistemas de protección regionales, Europea e Interamericano – ofrece varios ejemplos de dicha interacción interpretativo⁶⁸.

62. Además, dada la posible interpretación concurrente de las disposiciones equivalentes de dos o más tratados de derechos humanos, hay espacio para la búsqueda de la norma más favorable para la supuesta víctima. Esta prueba – primacía de la norma más favorable para el individuo, - reúne apoyo expreso en ciertas disposiciones de ciertos tratados de derechos humanos tales como el artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha encontrado aplicación en la práctica.

63. La motivación esencial que subyace a la interpretación de los tratados de derechos humanos ha sido, en lugar de asegurar la uniformidad del derecho internacional en general y en cualquier circunstancia, responder de manera efectiva a las necesidades e imperativos de la protección internacional de los seres humanos. Al proceder de esta manera, los cuerpos internacionales de supervisión – tales como las dos Cortes regionales de Derechos Humanos – han construido una jurisprudencia convergente en cuanto a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y las implicaciones y consecuencias que resultan de los mismos. Esto se ha debido en gran parte a la identidad preponderante del objeto y fin de esos tratados. El resultado tranquilizador ha sido una interpretación uniforme del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Esto, a la vez, ha contribuido de manera significativa al desarrollo del derecho internacional en el dominio actual de protección.

64. Por lo tanto, un capítulo de derecho internacional normalmente abordado en el pasado desde el enfoque del voluntarismo de los estados, hoy en día es visto bajo una luz diferente, bajo la influencia de consideraciones básicas de humanidad. Aunque este capítulo de derecho internacional, - el derecho de los tratados, - ha sido abierto a manifestaciones de la “voluntad” individual de los Estados, así como del tema del poder mismo de creación de tratados, - el hecho de que las consideraciones básicas de la humanidad han también marcado su presencia en el derecho de los tratados no puede continuar dejándose de lado. Como prueba de esta evolución, los desarrollos referentes a la interpretación de los tratados y la terminación y suspensión de la operación de los tratados reveló una cierta preparación para elaborar libremente en áreas como esas, para así buscar las respuestas a las necesidades contemporáneas de la comunidad internacional.

65. Al igual que el Derecho Internacional en general, el derecho de los tratados en particular *también* está pasando por un proceso histórico de humanización. No puede pasar desapercibido, como fue bien establecido por Egon Schwelb hace tres décadas⁶⁹, que los preámbulos mismos de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986) incluyen una reafirmación del principio de respeto universal por, y observancia

⁶⁸. Cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms...”, *op. cit. supra* n. (14), pp. 91-112, esp. pp. 101-103.

⁶⁹. Con respecto a la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; cf. E. Schwelb, “The Law of Treaties and Human Rights”, in *Toward World Order and Human Dignity - Essays in Honor of M.S. McDougal* (eds. W.M. Reisman and B.H. Weston), N.Y./London, Free Press, 1976, p. 265.

de, los derechos humanos⁷⁰. La facultad de realizar tratados ya no es una prerrogativa exclusiva de los Estados, como solía ser en el pasado; la [segunda] Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados vino a tratar la creación de tratados por parte de organizaciones internacionales, algunas de las cuales están dedicadas a causas de interés directo de los seres humanos y la humanidad como un todo.

66. La interpretación de los tratados ha sido enriquecida de manera considerable por la metodología seguida por cuerpos internacionales de supervisión de los tratados de derechos humanos. Dicha interpretación se ha ajustado a la especificidad de los tratados de derechos humanos⁷¹. Además, ha favorecido una armonización de los estándares de implementación de los derechos protegidos en el orden jurídico nacional de los Estados Partes a esos tratados⁷². Los dos Tribunales internacionales de derechos humanos (la Corte Europea y la Interamericana) han estado comprometidas con la construcción de una jurisprudencia convergente con respecto a las reservas a los tratados con el fin de evitar privar los tratados de derechos humanos de su *effet utile*, preservando así los mecanismos de protección del ser humano establecido por los mismos.

III. Estado Internacional de Derecho: No-Comparecencia y el Deber de Cumplimiento.

67. Hasta las Sentencias de la Corte Interamericana de 01.09.2001 rechazando las objeciones preliminares de Trinidad y Tobago en los casos de *Hilaire, Constantine et al.*, y *Benjamin et al.* (cf. *supra*), el Estado demandado apareció ante la Corte habiendo participado en los procedimientos contenciosos y presentado sus argumentos ante la Corte. En el caso de *Hilaire*, en particular, apareció ante la Corte en la audiencia pública del 10 de agosto de 2000, donde presentó sus puntos de vista de una manera ordenada y procesalmente constructiva. Después de haber sido notificados de la decisión adversa de la Corte, Trinidad y Tobago no volvió a aparecer ante la Corte, ni en los procedimientos sobre el fondo en los arriba mencionados casos (unidos), ni en los procedimientos del posterior y presente caso de *Caesar*.

68. A pesar de su no-comparecencia⁷³, Trinidad y Tobago sigue estando obligado por las Sentencias de la Corte en todos estos casos: que aunque presentados después de su denuncia de la Convención Americana, se refieren a actos cometidos por el Estado antes de la denuncia,

⁷⁰. Sexto párrafo introductorio *in fine*, textos reproducidos respectivamente en: ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados – Registros Oficiales*, Documentos de la Conferencia (Viena, 1968-1969), vol. III, N.Y., ONU, 1971, p. 289; y en: ONU, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales – Registros Oficiales*, Documentos de la Conferencia (Viena, 1986), vol. II, N.Y., ONU, 1995, p. 95.

⁷¹. R. Bernhardt, "Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties", in *Protecting Human Rights: The European Dimension -Studies in Honour of G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher and H. Petzold), Köln, C. Heymanns, 1988, pp. 66-67 and 70-71. And cf. Erik Suy, "Droit des traités et droits de l'homme", (eds. R. Bernhardt *et alii*), Berlin, Springer-Verlag, 1983, pp. 935-947; E. Schwelb, "The Law of Treaties and Human Rights", *op. cit. supra* n. (69), pp. 262-283; G.E. do Nascimento e Silva, *Conferência de Viena...*, *op. cit. supra* n. (66), pp. 80-81; E. de la Guardia and M. Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, pp. 458 and 454; F. Capotorti, "Il Diritto dei Trattati Secondo la Convenzione di Vienna", in *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Padova, Cedam, 1984, p. 61.

⁷². F. Matscher, "Methods of Interpretation of the Convention", in *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St.J. MacDonald, F. Matscher and H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 66 y 73.

⁷³. Para un estudio general de la no-comparecencia, cf. J.B. Elkind, *Non-Appearance before the International Court of Justice...*, *op. cit. infra* n. (80), pp. 1-206; H.W.A. Thirlway, *Non-Appearance before the International Court of Justice*, Cambridge, University Press, 1985, pp. 1-184.

según los términos del artículo 78 de la Convención Americana. Junto con las Sentencias posteriores sobre el fondo y reparaciones, todas las decisiones de la Corte continúan siendo vinculantes para el Estado demandado, y una eventual incapacidad de este último de cumplir con las Sentencias de la Corte sobre el fondo y las reparaciones en esos casos previos y con la presente Sentencia en el caso de *Caesar*, representarían una violación adicional a la Convención Americana (artículo 68), así como del derecho internacional general (*pacta sunt servanda*), con todas las consecuencias jurídicas que deriven de eso.

69. Cualquier interpretación contraria, que busque “explicar” o “justificar” el incumplimiento con las Sentencias, representaría contumaz y revelaría una falta de familiaridad con los principios más elementales del procedimiento legal internacional. Un Estado puede, por supuesto, elegir no aparecer ante la Corte, pero al hacerlo deberá asumir las consecuencias de dicha no-comparecencia, considerándose incapaz de refutar las pruebas presentadas⁷⁴ y de defenderse. Lo que un Estado no tiene derecho a hacer es ignorar una Sentencia que es claramente vinculante para el mismo, ya que eso minaría los fundamentos mismos de la jurisdicción internacional, los cuales han requerido tanto esfuerzo de las generaciones pasadas para ser contruidos y establecidos en esta parte del mundo.

70. Habiendo sido siempre un fuerte partidario de la causa de la justicia internacional, me siento obligado a establecer en el presente Voto Razonado que la jurisdicción internacional no puede ser dejado a merced del **capricho** de los gobiernos, usualmente bajo la presión de factores domésticos incoherentes, - y aquellos que no tienen restricciones para minarlo deberán cargar con la responsabilidad histórica de dicha deconstrucción. Me siento confiado de que Trinidad y Tobago no llegará a este extremo.

71. Trinidad y Tobago parece estar conciente de las limitaciones temporales y materiales de la denuncia según el artículo 78 de la Convención Americana (*supra*), ya que participó en los procedimientos ante la Corte después de eso, incluyendo una audiencia pública del 10 de agosto de 2000 en el caso de *Hilaire*, más de un año después de que su denuncia de la Convención Americana comenzara a tener efectos (a partir del 26.05.1999). Lo que es un poco enigmático es su posterior y prolongada no-comparecencia – para no decir “desaparición” – ante la Corte después de sus Sentencias sobre objeciones preliminares (*supra*), en su contra. La no-comparecencia no abre de ningún modo el camino para el incumplimiento. Un Estado puede elegir no aparecer ante la Corte, en cualquier etapa de los procedimientos, a su propio riesgo, pero no puede ignorar la Sentencia de la Corte sin que su responsabilidad internacional se vea por esa razón comprometida.

72. La repentina no-comparecencia de Trinidad y Tobago ante la Corte, - o más bien su desaparición de la misma, - es sin duda un hecho lamentable. Como mínimo no promueve el estado de derecho a nivel internacional. Si pretende ser una notificación previa de falta de cumplimiento con las decisiones de la Corte, entonces el Estado demandado tiene fuertes motivos para estar preocupado, ya que la Ley no estará de su lado. Esperamos que este no sea el caso. Pero si fuera así, entonces Trinidad y Tobago estaría fuera del Derecho, incurriendo así en una violación adicional a la Convención Americana.

73. Aunque la no-comparecencia ha ocurrido algunas veces en los litigios interestatales

⁷⁴. Sobre la práctica de este tema en particular, especialmente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cf. D. Rodríguez Pinzón, "Presumption of Veracity, Non-Appearance, and Default in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American System on Human Rights", 25 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1998) pp. 125-148.

(por ejemplo, ante la Corte Permanente de Justicia Internacional [PCIJ] y la Corte Internacional de Justicia [CIJ])⁷⁵, no hay ninguna razón convincente por la cual debiera ocurrir en los procedimientos de los casos de derechos humanos, oponiendo a los estados a los individuos, la parte aparentemente más débil. Si al no comparecer el Estado está anunciando un eventual incumplimiento con las decisiones del Tribunal, deberá asumir las consecuencias jurídicas de su actitud, - y los demás Estados Partes deberían reaccionar ante eso, en el ejercicio de la *garantía colectiva* que subyace a todos los tratados de derechos humanos. La no-comparecencia no afecta la condición del Estado como parte en el caso; le guste o no, sigue siendo el Estado demandado en el caso, aún *in absentia*.

74. El artículo 68.1 de la Convención Americana es claro al determinar que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Los Estados que no comparecen siguen siendo partes en los casos en cuestión. Su deber de cumplimiento corresponde a un principio básico de la ley sobre la responsabilidad internacional del Estado, fuertemente apoyado por la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deberán cumplir con sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).

75. Es algo sorprendente ver que, conforme pasa el tiempo y el viejo ideal de la realización de la justicia internacional gana terreno (como, por ejemplo, con el reciente establecimiento del Tribunal Penal Internacional, según una propuesta originalmente presentada por Trinidad y Tobago en las Naciones Unidas), algunos Estados continúan resistiéndose a los medios más perfeccionados de arreglo de disputas a nivel internacional, eso es, a un arreglo judicial⁷⁶ (como lo ilustra, de manera irónica, la posición de Trinidad y Tobago en los casos arriba mencionados dentro del sistema interamericano de derechos humanos).

76. El precedente – entre otros – establecido por los Estados Unidos, de “retiro” y no-comparecencia ante la CIJ, después de una Sentencia adversa para ellos sobre objeciones preliminares (en 1984) en el caso de *Nicaragua versus Estados Unidos*, sería un muy mal ejemplo a seguir por Trinidad y Tobago. En esa ocasión, Estados Unidos fue objeto de muchas críticas de diferentes partes de la comunidad internacional, incluyendo algunos de sus más distinguidos juristas (como el difunto Keith Highet⁷⁷), por su perjuicio al estado internacional de derecho. En las palabras de K. Highet, la estrategia de no-comparecencia “puede también fracasar”, y

"podría sufrir un retraso, una vez que lo absurdo e inutilidad general que representan sean percibidos correctamente. (...) Las fuerzas negativas minando el desarrollo progresivo del derecho internacional – falta de producción, falta de cooperación y no-comparecencia - (...) serán ahora vistas por lo que realmente

⁷⁵. Cf., e.g., P.M. Eisemann, "Les effets de la non-comparution devant la Cour Internationale de Justice", 19 *Annuaire français de Droit international* (1973) pp. 351-375.

⁷⁶. Ch. de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pédone, 1966, pp. 204-205.

⁷⁷. De quien guardo un buen recuerdo, en las reuniones que sostuvimos en Río de Janeiro mientras él era miembro del Comité Jurídico Interamericano (CJIA), en especial de un panel en el que participamos ambos, junto con Daniel Bardonnnet, en uno de los *Cursos anuales de Derecho Internacional* organizado por el CJIA, precisamente sobre el arreglo pacífico de las disputas internacionales; lamentablemente, las transcripciones de ese memorable panel nunca fueron publicados.

son "⁷⁸.

77. En la misma línea de pensamiento, se agregó luego, en otros comentarios, que el comportamiento desafiante de los Estados Unidos de retirarse de ese caso y no comparecer más en sus procedimientos ante la CIJ

"parece ser no solo injurioso a la eficacia de la competencia obligatoria según el artículo 36.2, pero también dañino al desarrollo de la juridicidad internacional. Dicha juridicidad no podrá desarrollarse mientras los estados estén inclinados a colocarse a sí mismos sobre la ley"⁷⁹.

78. Es este el triste ejemplo que realmente quiere seguir Trinidad y Tobago? Me costaría trabajo creerlo. Cómo se vería eso en los ojos de las futuras generaciones de sus propios juristas? Las expectativas de las nuevas generaciones de juristas siempre son elevadas – esperando poder tener éxito en corregir los errores de sus antecesores, - mientras que, por el otro lado, los políticos (también llamados de manera un poco elegante “tomadores de decisiones”) se ven iguales en todas partes del mundo, y no parece haber ninguna razón de peso para esperar mucho de ellos.

79. No solo se ven igual en todas partes, sino que además se han visto igual a lo largo de todos los tiempos. Hace más de tres siglos antes de nuestros tiempos, en su publicación *Nicomachean Ethics*, Aristóteles no podía ocultar o disimular su preocupación en cuanto a lo que estarían pensando los políticos o las decisiones que estaban a punto de tomar⁸⁰. En el siglo XIII, en su *Tratado de la Ley*, Tomás de Aquino se preguntaba si el *recta ratio* podría ser aprendido por los que ostentan el poder⁸¹. Sería difícil negar que, con excepciones extremadamente raras, los políticos, siempre y en todo lugar, han parecido mucho más interesados en obtener y retener el poder (por el poder mismo), que en garantizar la observancia de los derechos humanos de los gobernados por ellos o los que se supone que deben representar.

80. Los Estados que, en la historia de las sentencias internacionales, se han “retirado” de procedimientos contenciosos iniciados en su contra (especialmente después de una decisión inicial del Tribunal contra ellos), han adoptado un “comportamiento de auto-juzgamiento”, dañino para el estado internacional de derecho y, por último, para ellos mismos, para su propia reputación, ya que

"Un Estado que sea juez de su propia causa es un defensor alegando una ilusión de la cual no se obtiene ninguna respuesta clara"⁸².

⁷⁸. K. Highet, "Evidence, the Court and the *Nicaragua Case*", 81 *American Journal of International Law* (1987) p. 56.

⁷⁹. G.L. Scott and C.L. Carr, "The ICJ and Compulsory Jurisdiction: the Case for Closing the Clause", 81 *American Journal of International Law* (1987) p. 66. Para mi propia crítica de ese desafío, cf. A.A. Cançado Trindade, "*Nicaragua versus Estados Unidos* (1984-1985): Os Limites da Jurisdição 'Obrigatória' da Corte Internacional de Justiça e as Perspectivas da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais", 37-38 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1983-1986) pp. 71-96.

⁸⁰. Cf. Aristóteles, *Ética Nicomachea - Política*, Mexico, Edit. Porrúa, 2000; libro I, sección XIII, p. 15; libro VIII, sección XI, p. 112; libro X, sección IX, pp. 144-146.

⁸¹. Cf. Tomás de Aquino, *Tratado de la Ley - Tratado de la Justicia - Gobierno de los Príncipes*, Mexico, Edit. Porrúa, 2000, pp. 35, 50 y 76-77.

⁸². J.B. Elkind, *Non-Appearance before the International Court of Justice - Functional and Comparative Analysis*,

81. De hecho, la no-comparecencia se establece en el artículo 53 del Estatuto de la CIJ, su *raison d'être* siendo asegurar que la Corte cumpla con sus funciones cuando una de las partes no aparece ante él; el Estado que no comparece continúa siendo una de las partes del caso, y sigue estando completamente obligado por la decisión emitida por la Corte⁸³ (como si hubiese aparecido ante la Corte). Esto es lo que resulta también del artículo 27 (sobre procedimientos en rebeldía) del Reglamento actual de la Corte Interamericana, que también prevé la no comparecencia en el mismo entendimiento, y le da la posibilidad a la Corte, cuando una de las partes no comparece en o no continúa con un caso, a tomar las medidas, de oficio, necesarias para completar la consideración del caso. El artículo 27 agrega que cuando una parte se apersone tardíamente, tomará el procedimiento en el estado en que se encuentre.

82. En la mayoría de los casos, se ha recurrido a la no-comparecencia para buscar ejercer presión sobre la parte recurrente y la Corte, pero la experiencia ha mostrado que el Estado que no comparece prácticamente no ha ganado nada – salvo críticas – con dicho comportamiento dañino⁸⁴. Adicionalmente, siempre se debe mantener en mente que la no comparecencia y el incumplimiento no son sinónimos del todo; los Estados que no comparecen – o “desaparecidos” – tienen el deber de cumplir con las Sentencias *in absentia* (*pacta sunt servanda*).

83. Sobre este tema particular, el *Institut de Droit International* adoptó una resolución aclaradora⁸⁵ en su sesión de Basel de 1991, en la cual tomó en cuenta las dificultades que la no comparecencia de una de las partes puede significar para la otra parte y la Corte misma⁸⁶. En su preámbulo, la resolución ponderó *inter alia* que “la ausencia de una de las partes es tal como para dificultar la conducción regular de los procedimientos y podría afectar la buena administración de la justicia”⁸⁷. La resolución recordó, en sus párrafos resolutivos, el “deber” del Estado “de cooperar con la realización de las funciones judiciales de la Corte” (artículo 2), y agregó que

"Cada Estado con derecho (...) a aparecer ante la Corte con respecto al cual la Corte es incautado para un caso es *ipso facto* (...) una parte de los procedimientos, independientemente de si comparece o no" (artículo 1).

84. La resolución del *Institut* estableció además que, a pesar de la no comparecencia de un Estado, este último sigue estando

"obligado por cualquier decisión de la Corte en ese caso, independientemente de que sea sobre jurisdicción, admisibilidad o el fondo" (artículo 4).

Dordrecht, Nijhoff/Kluwer, 1984, pp. 169 y 206.

⁸³. S.A. Alexandrov, "Non-Appearance before the International Court of Justice", 33 *Columbia Journal of Transnational Law* (1995) n. 41, pp. 41-44, 60, 63 y 68.

⁸⁴. Como es ilustrado por el lamentable y muy criticado “retiro” de los Estados Unidos en el caso de *Nicaragua*, el cual eventualmente perdió también por el fondo (en 1986); cf. *ibid.*, pp. 67 y 71-72.

⁸⁵. I.D.I., 4ta Comisión, *relator* G. Arangio Ruiz.

⁸⁶. Institut de Droit International, Resolución sobre *No comparecencia antes la Corte Internacional de Justicia*, del 31.08.1991, preámbulo, considerando número 6.

⁸⁷. *Ibid.*, Considerando número 5.

Y la resolución concluyó que “la no comparecencia de un Estado ante la Corte no es en sí mismo un obstáculo al ejercicio por parte de la Corte de sus funciones” (artículo 5). Esta es una declaración certera de la ley aplicable en los casos de no comparecencia, lo cual no puede de ninguna manera ser interpretado como conducente al incumplimiento, siendo este último una violación adicional del derecho internacional.

IV. El Creciente Contenido Material y Alcance del *Jus Cogens* en el Derecho Internacional Contemporáneo.

85. Me gustaría concluir este Voto Razonado en el presente caso de *Caesar* en un tono positivo, con una expresión de apoyo para la presente Sentencia en *absentia* de la Corte Interamericana, con respecto en especial a dos aspectos restantes que creo conveniente retomar aquí. Primero, la Corte ha admitido de manera expresa y correcta en el presente caso de *Caesar* que, bajo ciertas circunstancias, la existencia de una ley (tal y como la *Ley de Penas Corporales* de Trinidad y Tobago), abiertamente incompatible con las disposiciones relevantes de la Convención Americana (artículo 5.1 y 2) puede *per se* constituir – debido a su naturaleza y efectos – una violación de esta última⁸⁸. En apoyo a este punto de vista, me gustaría referirme a mis argumentos, en este sentido, en mi Voto Disidente en el caso de *El Amparo*, respecto a Venezuela (Sentencias sobre Reparaciones, del 14.09.1996), así como en mi Voto Disidente en el caso de *Caballero Delgado y Santana*, respecto a Colombia (Sentencia sobre reparaciones, del 29.01.1997), - lo cual no considero necesario reiterar de manera literal en el presente.

86. Segundo, y más importante, en la presente Sentencia en el caso de *Caesar*, la Corte ha reconocido de manera correcta que la prohibición de la tortura así como de otros tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, ha entrado al dominio del *jus cogens*. Las penas corporales, tales como la examinada en el *cas d'espèce*, es *per se* una violación de la Convención (artículo 5(1) y (2)) y de las *normas perentorias del derecho internacional* (párrafos 70, 88 y 100). En varios de mis Votos Individuales presentados en esta Corte, he resaltado la relevancia del creciente contenido material y alcance del *jus cogens*. La presente Sentencia está incluida en esta construcción jurisprudencial evolutiva tranquilizadora.

87. Así, en su histórica Opinión Consultiva n. 18 sobre *La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), la Corte Interamericana de manera significativa sostuvo que el principio fundamental de equidad y no-discriminación arriba mencionado, en la presente etapa de evolución del Derecho Internacional “ha ingresado al dominio del *jus cogens*”; sobre dicho principio, que “impregna todo orden legal”, - la Corte correctamente agrega, - “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”⁸⁹. Adicionalmente, la Corte se refirió a la evolución del concepto del *jus cogens*, trascendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados y del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, para alcanzar así el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional⁹⁰.

88. En apoyo a este punto de vista, en mi Voto Concurrente a ese pronunciamiento de la

⁸⁸. Párrafos 73-74 y 93-94 de la presente Sentencia.

⁸⁹. Párrafo 101, y cf. párrafos resolutivos números 2 y 4 de la Opinión Consultiva n. 18.

⁹⁰. Párrafos 98-99 de la Opinión Consultiva n. 18.

Corte (Opinión Consultiva n. 18), después de resumir la historia de la entrada del *jus cogens* al universo conceptual del derecho internacional, sostuvo que

"La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. (...)

De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho Internacional el no se limitar éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico⁹¹. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general⁹². Además, el *jus cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación".

A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio⁹³, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas, - prácticas éstas que representan crímenes de lesa-humanidad, - condenadas por la conciencia jurídica universal⁹⁴, a la par de la aplicación de tratados. Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las Reservas a la Convención contra el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella Convención eran reconocidamente "obligatorios para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional".

(...)En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores

⁹¹. Cf. A.A. Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional..., op. cit. supra n. (97), tomo II, pp. 415-416.

⁹². Para la extensión del *jus cogens* a todos los actos jurídicos posibles, cf., v.g., E. Suy, «The Concept of *Jus cogens* in Public International Law», in Papers and Proceedings of the Conference on International Law (Langonissi, Grecia, 03-08.04.1966), Genève, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

⁹³. En su Sentencia del 11 de julio de 1996, en el caso relativo a la Aplicación de la Convención contra el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los derechos y obligaciones consagrados en aquella Convención eran "derechos y deberes erga omnes"; Informes de la CIJ (1996) p. 616, párr. 31.

⁹⁴. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake versus Guatemala (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25, y cf. párrs. 23-24.

fundamentales que la guían"⁹⁵.

89. En la misma línea de razonamiento, en mi Voto Razonado en el caso de la *Masacre Plan de Sánchez*, respecto a Guatemala (Sentencia del 29.04.2004), consideré conveniente insistir en el tema de

"El propio concepto de *jus cogens*, en mi entender, trasciende el ámbito tanto del derecho de los tratados⁹⁶ como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados⁹⁷, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional"⁹⁸.

90. Y en mi Voto Razonado del caso de *Tibi versus Ecuador* (Sentencia del 07.09.2004), me permití agregar que el *jus cogens*, además de su dimensión *horizontal* la cual tiene un efecto sobre los *fundamentos* mismos del derecho internacional, se expande también en

"una dimensión vertical, de la interacción de los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. El efecto del *jus cogens*, en este segundo plano (vertical), es en el sentido de invalidar toda y cualquier medida legislativa, administrativa o judicial que, en el plano del derecho interno de los Estados, intente autorizar o tolerar la tortura" (párr. 32).

91. Adicionalmente, en su Sentencia del 08.07.2004 en el caso de *Gómez Paquiyauri versus Perú*, la Corte Interamericana expresamente admitió que, en nuestros días, un régimen jurídico internacional ha sido formado con una prohibición absoluta de cualquier forma de tortura y de ejecuciones extrajudiciales, y que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional (párrs. 115-116 y 131)⁹⁹. En mi Voto Razonado en ese caso ponderé que dicho reconocimiento del *jus cogens*, en constante expansión, a su vez "revela precisamente la alentadora apertura del derecho internacional contemporáneo a valores superiores y fundamentales", llevando hacia el surgimiento de un derecho internacional verdaderamente *universal* (párr. 44). Reafirmé este entendimiento, de una prohibición absoluta por el *jus cogens*, de la tortura, en cualquier circunstancia, en mi Voto Razonado (párr. 26) en el caso de *Tibi versus Ecuador* (Sentencia del 07.09.2004).

92. La Sentencia que acaba de adoptar esta Corte en el presente caso de *Caesar versus Trinidad y Tobago* calza perfectamente en su *jurisprudence constante* sobre la interpretación evolutiva del *jus cogens* mismo. La Corte, de manera bastante acertada, toma un paso hacia delante, en confirmar la prohibición absoluta, propia del dominio del *jus cogens*, de la tortura *así como cualquier otro tratamiento cruel, inhumano y degradante*. Es importante que se siga identificando el contenido material y alcance en expansión del *jus cogens*, tal y como lo ha estado haciendo la Corte Interamericana en los últimos años. Es probable que la Corte

⁹⁵. Párrafos 66, 68, 71 y 73, respectivamente, de mi Voto Concurrente.

⁹⁶. Su consagración en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), artículos 53 y 64.

⁹⁷. V.g., su reconocimiento en los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001.

⁹⁸. Párrafo 29, y cf. también párrs. 32-33 de mi Voto Razonado.

⁹⁹. De forma similar, el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la antigua Yugoslavia, en su turno, sostuvo en el caso de *A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), que a prohibición absoluta de la tortura tiene el carácter de norma del *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160).

Interamericana haya hecho más en la identificación de la expansión del *jus cogens* que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo. Es importante que lo siga haciendo, en la construcción gradual, en este inicio del siglo XXI, de un nuevo *jus gentium*, el derecho internacional para la humanidad.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra-Alessandri
Secretario