

VOTO SEPARADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. A través de mi voto vengo a contribuir a la adopción, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia en el caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. Dada la particular relevancia de la materia examinada por la Corte, me veo en la obligación de dejar consignadas, en el presente Voto Separado, mis reflexiones personales sobre lo tratado por la Corte en esta Sentencia, como fundamento de mi posición al respecto. Lo hago, como ya es costumbre en esta Corte, bajo la impiadosa presión del tiempo, sin haber dispuesto más que de algunas horas para la elaboración y presentación de este Voto. A propósito de lo mencionado, abordaré, en el presente Voto Separado, los siguientes puntos: a) la centralidad del sufrimiento de las víctimas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; b) el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado demandado; c) el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en la indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana; d) el derecho de acceso a la justicia como derecho a la pronta prestación jurisdiccional; e) la aplicabilidad de los hechos lesivos; y f) la necesidad de ampliación del contenido material del *jus cogens*.

I. La Centralidad Del Sufrimiento De Las Víctimas En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos.

2. Hay casos de violaciones de derechos humanos que evocan tragedias, revelando la perenne actualidad de estas últimas, como propias de la condición humana. Para recordar dos antecedentes, en mi Voto Separado en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (mérito, Sentencia del 25.11.2000) ante esta Corte, me sobrevino a la mente la célebre tragedia de *Antígona* de Sófocles (párrafos 8-9). En mi Voto Separado en el caso *Bulacio versus Argentina* (mérito y reparaciones, Sentencia del 18.09.2003) me permití hacer referencia a *Ajax* y a *Filoctetes* de Sófocles (párrafos 8 y 16), a la desesperación de *Hécuba* de Eurípides (párrafo 22), a *Agamenon* de Esquilo (párrafos 26), y a las *Euménides* (la última obra de la trilogía *Orestíada*) de Esquilo (párrafo 32).

3. El presente caso *Ximenes Lopes versus Brasil* es otro caso que contiene ingredientes trágicos que me hacen recordar inmediatamente las imperecibles y tan actuales tragedias griegas. El recuerdo vino a mi mente, por ejemplo, con la declaración testimonial de la hermana de la víctima (Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda), durante la audiencia pública sobre el *cas d'espèce* ante esta Corte, los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2005. La mencionada conmovedora declaración de Irene me hizo acordar al personaje *Electra*, tanto de Sófocles como de Eurípides. La *Electra* de Eurípides estaba mucho más orientada hacia la justicia probada¹, mientras que la *Electra* de Sófocles se deja abatir, previamente y en un grado mucho mayor, por el dolor ante el anuncio (aunque falso) de la muerte de su hermano.

4. La *Electra* de Sófocles se descompuso al ver en la urna las cenizas que creía eran de su hermano Orestes (no lo eran), y recordó en desesperación su afecto por él (sin saber que estaba vivo), antes de buscar la justicia privada, como era la práctica habitual en su tiempo. Al tocar dichas cenizas, se lamentó en sollozos:

¹. Eurípides, *Electra and Other Plays*, London, Penguin, 2004 [reed.], pp. 131-174.

"(...) Ahora nada es lo que tengo entre mis manos, mientras que radiante en salud, oh hijo, te envié yo fuera de esta casa! Ojalá hubiera dejado yo la vida antes que te enviara a tierra extraña, ocultándote con mis manos y librándote de la muerte! (...) Ahora fuera del hogar y en otra tierra (...) mal acabaste lejos de tu hermana (...). Cuidado por manos extrañas, reducido vuelves a cenizas en reducida vasija! Ay de mí, desdichada, por todos mis inútiles cuidados de antes, que en torno tuyo prodigué con dulce fatiga! (...) Yo era quien te criaba, yo por tí siempre llamada `hermana'. Pero ahora, contigo muerto, se acaba esto en un sólo día, porque todo lo has arrebatado de golpe, como vendaval, al marcharte (...).

(...) Muerte me has dado de seguro, oh hermano! Por ello recíbeme tú en esta tu morada, a mí que nada soy tú que no eres nada, para que contigo habite bajo tierra en lo sucesivo, porque también, cuando estabas en la tierra, contigo participaba de las mismas cosas; por eso ahora deseo morir y no dejar tu tumba, pues no veo que los muertos sufran"².

5. La suerte de Irene, hermana de Damião Ximenes Lopes, fue peor que la de *Electra*: ella también se descompuso al tomar conocimiento de que su hermano, que había dejado la casa y había sido puesto bajo el cuidado de la "previsión" social en una casa de "reposo", allí murió, y del mismo modo recordó su afecto por él:

"(...) Como hermana mayor, en cierto modo yo lo cuidaba, (...) lo acompañaba, lo llevaba a mi casa, lo visitaba. (...) Mi relación con él era la mejor posible, más que de hermana, también un poco de madre.

(...) Yo lo vi cuando ya estaba en el cajón, listo para el entierro. (...) Pude observar varias marcas de tortura. (...) Lo habían golpeado. (...)

[Todo esto] me dejó shockeada, quedé aterrorizada, tuve muchas noches de pesadillas (...). Quedé aterrorizada (...). Sentía un dolor en el pecho, pero no un dolor que lastimaba el corazón, un dolor que desgarraba el alma. (...)

[Lo ocurrido] aún hoy tiene efecto, (...) son seis años de desesperación por justicia. (...) Comencé una gran lucha por justicia (...). Tuve tres años de depresión, (...) viajé mucho en la búsqueda de justicia (...)"³.

6. Irene, decidida y efectivamente, resolvió, al lado de la tumba de su querido hermano, partir con determinación en búsqueda de justicia pública, como es la praxis de su tiempo, de nuestro tiempo, que hasta hoy, con la adopción de la presente Sentencia de la Corte Interamericana, no había encontrado. Como relató ante esta Corte,

"(...) El día del entierro de mi hermano en el cementerio, me arrodillé sobre su cajón y juré que mi alma no se tranquilizaría hasta tanto no hubiese justicia, y ya llevo seis años buscando justicia. (...) Ahora dejé que mi alma se calmara, pero no dejé la muerte de mi hermano impune, yo exijo justicia"⁴.

La presente Sentencia de la Corte Interamericana, a ser debidamente cumplida por el Estado brasileño, reivindica su sufrimiento y satisface su sed de justicia. Asimismo, revela la importancia de la jurisdicción internacional en nuestros días.

7. La historia de *Electra* y la de Irene son completamente distintas, ocurridas en épocas separadas por siglos. Sin embargo, tienen en común la tragedia de la condición humana, ante la persistencia de la indiferencia y la crueldad realzadas en el trato de los más vulnerables, así como también la búsqueda desesperada y desesperante de la justicia (antes privada, hoy pública). Develan la insondable

². Sófocles, *Electra*, Madrid, Ed. Clásicas, 1995 [reed.], pp. 69-70.

³. Corte Interamericana de Derechos Humanos [CtIADH], *Transcripción de la Audiencia Pública del 30.11.2005 y 01.12.2005 en el caso Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, pp. 23 y 27-28.

⁴. *Ibid.*, p. 28, y sobre la responsabilidad del Estado, cf. p. 32.

presencia de la tragedia en los misterios que rodean a la vida, que algunos han buscado simplificar, caracterizándola como destino. El sufrimiento humano continua siendo irremediamente una triste marca de la condición humana a lo largo de los siglos. Con particular clarividencia, Sófocles advertía, ya en el siglo V a.C., en su *Edipo Rey*⁵, que jamás hay que decir que alguien es feliz hasta el momento en que haya traspasado el límite extremo de la vida libre de dolor.

8. Y la evolución de la justicia privada (de los antiguos griegos) a la justicia pública (de los "modernos" y "postmodernos") parece continuar inacabada, revistiéndose de un carácter ritualista, contaminada por la erosión y la "tercerización" de los servicios públicos y por una justicia meramente formalista. A lo cual se agrega la lamentable transformación de bienes públicos como la salud y la educación en mercaderías. Damião Ximenes Lopes tuvo una muerte violenta al ser confiado a la "previsión" social pública y al ser confinado en una casa de "reposo", la de Guararapes.

9. La muerte violenta del indefenso Damião, que buscaba tratamiento médico, tuvo un efecto devastador en la vida, no sólo de su hermana Irene, sino también de todos los familiares inmediatos. De acuerdo con el relato de Irene ante la Corte, el hermano mellizo de Damião, Cosme, en virtud de la proximidad con el hermano victimado, "entró en estado de shock" al enterarse del fallecimiento de Damião. Inclusive, - agregó Irene- "hasta hoy Cosme no conoce los detalles de la tortura y de la violencia; nosotros los omitimos porque ello le causaría mucho sufrimiento y queríamos preservar su salud"⁶. En otras palabras, fue debidamente preservado de la verdad, lo cual se muestra en determinadas circunstancias necesario, porque la tragedia del conocimiento de la condición humana puede, a veces, tornarse insoportable, principalmente para los más vulnerables o sensibles.

10. La vida de la madre se vio "completamente arruinada", está siempre recordando la muerte de su hijo Damião, "está deprimida hasta hoy y declara que desea morir"⁷. La madre y el padre ya estaban separados, pero habían conservado los lazos familiares de afecto con los hijos; el padre, preso de un "gran sufrimiento" y "deseo de venganza" por la muerte de Damião, buscó "ayuda espiritual" en una iglesia evangélica, lo cual "lo amenizó"⁸. El sufrimiento humano tiene, además, una dimensión intergeneracional, pasando de padres a hijos - como advertido en el libro del Génesis, que pronostica que todos los humanos serán conocedores del bien y del mal (3,5).

11. Las sombras de la existencia humana son retomadas en el libro de Job, donde los opresores dan sus órdenes marcadas por la violencia a los oprimidos (24.2-4.9 y 24.5-8.10-12ab). Al momento de la muerte de Damião, su hermana Irene tenía una hija recién nacida que, como consecuencia de lo ocurrido, dejó de ser amamantada; como señaló Irene ante esta Corte, "debido al shock emocional, pasé semanas sin alimentarla, y mis pechos no producían leche; mi hija se quedó sin alimento natural,

⁵. En la penetrante frase final - versos 1529-1530.

⁶. [CtIADH], *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 27.

⁷. *Ibid.*, p. 28.

⁸. *Ibid.*, pp. 28.

tuvo que tomar alimento artificial"⁹. El sufrimiento humano pasa de generación en generación, desde el comienzo hasta el fin de la vida. Como ya lo advertía el *Eclesiastés*:

"no hay quien consuele las lágrimas de los oprimidos; nadie los apoya contra la violencia de sus opresores" (4,1).

12. Sófocles bien lo intuyó, en los coros tanto de *Antígona* como de *Edipo Rey*: el primero afirmó que

"Thrice happy are they who have
never known disaster!
Once a house is shaken of heaven, disaster
Never leaves it, from generation to generation. (...)
Then pray no more; from suffering that has been
Decreed no man will ever find escape"¹⁰.

Y el segundo indagó:

"Has any man won for himself
More than the shadow of happiness,
A shadow that swiftly fades away?"¹¹.

13. Como señaló Edgar Morin en el siglo XX, la propia historia de la cultura humana se yergue sobre actos de crueldad, sin que haya un solo testimonio de la cultura que no lo sea igualmente de actos de barbarie¹². Lo cual lo llevó a agregar que

"Como la propia vida, el hombre se desenvuelve en el azar, contiene el azar en si mismo, está hecho para encontrarse con el azar, combatirlo, domesticarlo, escapar a él, fecundarlo, jugar con él, correr el riesgo que supone, aprovechar las oportunidades...

(...) La vida está siempre al borde del desastre. La muerte está en el universo físico-químico en el que la vida corre constantemente el riesgo de perecer, pero en el que se ha formado, tejido, desarrollado. La muerte está en la indeterminación micro-física, pero indeterminación que al mismo tiempo está en la fuente de las mutaciones y las creaciones, de toda creación. La mutación, fuente de la muerte, es también fuente de la vida. Lo desordenado, ese caos subterráneo y permanente, es a la vez lo que crea y lo que destruye.

(...) La muerte, para el hombre, está en el tejido del mundo, de su ser, de su espíritu, de su pasado, de su futuro".

14. Sin embargo, a pesar de estar privado de felicidad y abandonado al ocaso (como el Sr. Damião Ximenes Lopes, en el presente caso ante esta Corte, quien, confiado a la "previsión" social en una casa de "reposo", allí encontró la muerte violenta), el ser humano no puede abandonar la lucha por la justicia, mientras mantenga la capacidad de indignación. De otro modo, estará privado no sólo de la felicidad, sino también de la búsqueda del sentido de la vida, aunque tan breve y efímera. Otra lección que puede extraerse de *Electra* (y también, agrego, de la

⁹. *Ibid.*, p. [9].

¹⁰. Versos 584-587 y 1335-1337.

¹¹. Versos 1189-1191. - Textos in: Sophocles, *Antigone - Oedipus the King, Electra*, Oxford, University Press, 1998 [reed. Oxford World's Classics].

¹². E. Morin, *El Hombre y la Muerte* (1970), 4a. ed., Barcelona, Ed. Kairós, 2003 [reed.], p. 53.

reacción de Irene Ximenes Lopes), es que "la vida es mucho más cómoda cuando se somete a las peores injusticias y si se olvida de que son injusticias"¹³. Sí, se vuelve más cómoda, pero también completamente sin sentido. De allí la inevitabilidad del sufrimiento ante la crueldad humana.

15. En mi *Tratado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, me tomo la libertad de destacar precisamente la proyección del sufrimiento humano en el tiempo y la *centralidad de las víctimas* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como allí afirmo, *inter alia*, con respecto a ese punto,

"El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al orientarse esencialmente a la condición de las víctimas, ha contribuido en gran medida a restituirles la posición central que hoy ocupan en el mundo del Derecho, -lo cual tiene su razón de ser. La centralidad de las víctimas en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, insuficientemente analizada por la doctrina jurídica contemporánea hasta la actualidad, tiene gran relevancia y acarrea consecuencias prácticas. En realidad, es de la propia esencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que es en la protección extendida a las víctimas que este último alcanza su plenitud. Pero el *rationale* de su normativa de protección no se agota en el amparo extendido a las personas ya victimadas. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por su propia existencia, universalmente reconocida en nuestros días, protege a los seres humanos también mediante la prevención de la victimización. El alcance de su *corpus juris* debe ser, entonces, apreciado también de ese punto de vista. (...)

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuye, así, decisivamente, al proceso de *humanización* del Derecho Internacional¹⁴. El tratamiento dado a los seres humanos por parte del poder público ya no es algo extraño al Derecho Internacional. Muy por el contrario, es lo que dice al respecto de éste, porque los derechos de los que son titulares todos los seres humanos emanan directamente del Derecho Internacional. Los individuos son, efectivamente, sujetos de derecho tanto interno como internacional. Y ocupan una posición central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sean o no víctimas de violaciones de sus derechos internacionalmente consagrados"¹⁵.

II. El Reconocimiento de Responsabilidad Internacional del Estado Demandado.

16. En lo referente a las consideraciones previas de la presente Sentencia sobre el caso *Ximenes Lopes*, no debe pasar desapercibido que la Corte Interamericana valoró el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado demandado como "una contribución positiva para el desarrollo de este proceso y para la vigencia de los principios que inspiran a la Convención Americana en el Brasil" (par. 80), en particular en lo que se refiere al reconocimiento de la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención (pars. 119 y 122). Con ello cesó la controversia con respecto a determinados actos del caso concreto, aunque la Corte

¹³. Simone Weil, *La Fuente Griega*, Madrid, Ed. Trotta, 2005 [reed.], p. 66.

¹⁴. Como señalamos reiteradamente en nuestros Votos Separados en Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como, *inter alia*, en los casos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales y Otros versus Guatemala) (Reparaciones, 2001), Blake versus Guatemala (Mérito, 1998, y Reparaciones, 1999), Bámaca Velásquez versus Guatemala (Mérito, 2000, y Reparaciones, 2002), así como también en nuestro Voto Concurrente en el Dictamen de la Corte Interamericana sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal (1999).

¹⁵. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 434-436, párrafos 48 y 50.

naturalmente no se hubiese eximido de proceder, como correspondía, a su propia valoración de los hechos.

17. Además, como se desprende de la audiencia pública ante esta Corte del 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2005, las partes intervinientes demostraron un espíritu constructivo y de cooperación procesal, además de celo y profesionalismo en el envío de documentación a la Corte y en la presentación de sus respectivos argumentos orales. Ello posibilitó que la Corte cumpliera con el deber de prestación jurisdiccional efectiva dentro de un plazo razonable bajo la Convención americana, - en contraste con lo ocurrido en el plano del derecho interno,- lo cual destaca la relevancia de la jurisdicción internacional.

18. Con respecto a la correcta resolución por esta Corte de la cuestión de la excepción preliminar interpuesta por el Estado demandado, no veo la necesidad de reiterar íntegramente mi Voto Concurrente en la anterior Sentencia del 30.11.2005 en el presente caso *Ximenes Lopes*, sino sólo su último párrafo, en el cual, con respecto a la necesidad de una reflexión más profunda sobre el perfeccionamiento de los procedimientos bajo la Convención Americana y sobre una mejor aclaración del rol reservado a la Comisión bajo la Convención, afirmé:

"Mi posición al respecto es clarísima, y se encuentra registrada en el *Proyecto de Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que presenté en nombre de la Corte Interamericana, a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2001¹⁶, que consagra el acceso directo de la persona humana a la justicia internacional, la jurisdicción automáticamente obligatoria de la Corte Interamericana, la jurisdiccionalización del sistema interamericano de protección, y la retención, en el ámbito de éste último, en la actualidad, del rol de fiscal de la Comisión Interamericana" (par. 3).

III. El Derecho de Acceso a la Justicia *Lato Sensu* en la Indisociabilidad entre los Artículos 25 y 8 de la Convención Americana.

19. A continuación, me tomo la libertad de retomar aquí una de las cuestiones centrales examinadas por la Corte en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes* (y tratada en su *jurisprudence constante*, y en numerosos Votos que he emitido en casos contenciosos sometidos al conocimiento de este Tribunal), es decir, la del acceso a la justicia *lato sensu*, consustanciado en la indisociabilidad - que hace años afirmo en el seno de esta Corte - entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana. Al respecto, en su reciente y extenso Voto Separado en el caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006), abordé, siguiendo una secuencia lógica, el amplio alcance del deber general de garantía (artículo 1.1 de la Convención Americana) y las obligaciones *erga omnes* de protección (pars. 2-13), el génesis, la ontología y la hermenéutica de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (pars. 14-21), la irrelevancia de alegar dificultades de derecho interno (pars. 22-23), el derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana (pars. 24-27); inmediatamente, examiné la indisociabilidad entre el acceso a la justicia (derecho a un recurso efectivo) y las garantías del debido proceso legal (artículos 25 y 8 de la Convención Americana) (pars. 28-34), y concluí que dicha indisociabilidad consagrada en la *jurisprudence constante* de la Corte hasta

¹⁶. A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015.

el presente (pars. 35-43), constituye "un patrimonio jurídico del sistema interamericano de protección y de los pueblos de nuestra región", razón por la cual me opongo firmemente a cualquier tentativa de desconstruirlo" (par. 33).

20. En el mismo Voto Separado del caso *Massacre de Pueblo Bello*, sostuve la mencionada indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana como un "avance jurisprudencial intangible" (pars. 44-52)¹⁷. Luego abordé el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, observando que

"En los *Informes* que presenté, como entonces Presidente de la Corte Interamericana, ante los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e.g., los días 19.04.2002 y 16.10.2002, sostuve mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*¹⁸. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino que comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes¹⁹. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia *realización* de la justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico - a niveles tanto nacional como internacional - que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana"²⁰ (párrs. 61-62).

21. Finalmente, en el mismo Voto Separado del caso *Massacre de Pueblo Bello*, me permití reiterar mi entendimiento en el sentido de que *el derecho al Derecho* constituye un "imperativo del *jus cogens*":

"La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario²¹, tienen una vocación universal al aplicarse en

¹⁷. En el mismo Voto Razonado, también me referí a la superación de las vicisitudes en cuanto al derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos (párrs. 53-59).

¹⁸. Cf. también A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52.

¹⁹. En ese sentido, cf. E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", in *Afmaelisrit pór Vilhjálmsón*, Reykjavík, Bókautgafa Orators, 2000, pp. 21-37.

²⁰. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, cap. XX, p. 524, párr. 187.

²¹. E.g., artículo 75 del Protocolo I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra (de 1949) sobre Derecho Internacional Humanitario.

todas y cualesquier circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección²².

Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva nº 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados* de 2003, la Corte ya podía y debería haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia, - en lugar de intentar frenarla, - y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva nº 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*" (párrs. 64-65).

22. Para mi particular satisfacción, la Corte Interamericana, en la presente Sentencia sobre el caso *Ximenes Lopes*, se mantuvo fiel, por unanimidad, a su mejor *jurisprudence constante* al respecto, reiterando con la mayor claridad su entendimiento de la ineluctable indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana, tal como se desprende inequívocamente del párrafo 191 de la presente Sentencia, al señalar que "el recurso efectivo del artículo 25 debe tramitarse de acuerdo con las normas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8 de la Convención". Además, la Corte recordó que la responsabilidad internacional del Estado por la violación de normas internacionales es distinta de su responsabilidad en el derecho interno (par. 193).

23. Paralelamente a la posición asumida por la Corte al respecto, no puedo dejar de mencionar que, en respuesta a las preguntas que les formulé en la audiencia pública ante esta Corte de los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2005, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como los representantes de la víctima y sus familiares expresaron que la mejor hermenéutica de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana es la que efectiva y necesariamente los vincula. La CIDH se pronunció en defensa del "conjunto integrado del debido proceso y tutela judicial efectiva del artículo 8.1 y del artículo 25" de la Convención²³, y los mencionados representantes afirmaron en el mismo sentido que "la lectura más clara de esa normativa dentro del sistema interamericano sería la de que los dos artículos deberían ser analizados en conjunto, incluso porque eso es precisamente lo que hace la mayoría de la jurisprudencia de esta Honorable Corte"²⁴.

IV. El Derecho de Acceso a la Justicia como Derecho a la Pronta Prestación Jurisdiccional.

24. El derecho de acceso a la justicia *lato sensu* presupone el entendimiento de que se trata del derecho a la pronta prestación jurisdiccional. Su fiel observancia no se constató en el presente caso *Ximenes Lopes*, como se desprende claramente de los propios hechos. Por ejemplo, el 27.03.2000, el representante del Ministerio Público presentó una denuncia penal en la Circunscripción de Sobral contra cuatro personas que supuestamente habían incurrido en las penas del Código Penal brasileño (artículo 136.2) por el delito de maltrato, resultando en la muerte de la

²². Cf., también en ese sentido, e.g., M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en Droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 97, 145, 148, 161 y 241.

²³. CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 125.

²⁴. *Ibid.*, p. 126.

víctima (Sr. Damião Ximenes Lopes). Dos meses después, los fiscales del Centro de Apoyo Operativo de los Grupos Socialmente Discriminados de la Procuraduría General de Justicia manifestaban al Fiscal que actuaba en la causa que la ampliación de la denuncia constituía una "imposición institucional y legal"; pese a lo que antecede, sólo el 22.09.2003, al presentarse los alegatos finales, la Fiscalía amplió la denuncia para incluir a otras dos personas.

25. La morosidad en la tramitación de la ampliación de denuncia se prolongó aún más, dado que ésta llegó a manos del Juez de la Circunscripción de Sobral recién el 17.06.2004. Al recibirla, buscó justificar su propio retraso por el "volumen de trabajo propio de la 3ª Nominación de la Circunscripción de Sobral", además del goce de "30 días de vacaciones", sumados a "60 días de licencia médica". O sea, la ampliación de denuncia sólo se recibió 8 meses y 25 días después de haber sido presentada. En esa oportunidad, el mencionado Juez ordenó la citación de los nuevos acusados y la intimación "*con máxima urgencia*" del asistente de acusación y de los abogados de la defensa para la presentación de sus alegatos finales. O sea, la así llamada "máxima urgencia" lo era para los demás, y no para sí mismo, constituyendo un retrato del ritual de la "justicia" del derecho interno no sólo del Estado demandado ante esta Corte, sino también de tantos otros Estados en distintas latitudes. En aquel momento, el proceso penal del *cas d'espèce* llevaba más de 4 años y 2 meses sin que siquiera se hubiese dictado sentencia de primera instancia.

26. En la audiencia pública del 30 de noviembre y del 1º de diciembre ante esta Corte Interamericana sobre el presente caso, les recordé a las partes intervinientes el deber estatal de "prestación jurisdiccional y efectiva dentro de un plazo razonable" bajo la Convención Americana, y señalé la necesidad urgente - como un problema no sólo brasileño, sino de todos los países - de "capacitación de los jueces en materia de derechos humanos, que en este caso fue patente, tanto en esta audiencia como en el examen del expediente del mismo"²⁵. Me permito aquí recordar una advertencia, en la misma línea de pensamiento, formulada hace una década y media en un Seminario histórico y pionero, de movilización nacional con respecto a la adhesión del Brasil a la Convención Americana y a los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en esa oportunidad, el emérito Profesor Washington Peluso Albino de Souza, al referirse a la "sistemática de organización del poder judicial" orientada a la "carrera" y al tipo de "formación" ofrecida por las Facultades de Derecho, con particular lucidez a lo largo de los debates sostuvo que:

"Raramente se infunde a necessidade de penetração da realidade para o conhecimento do Direito. Se pratica o método dogmático formando juizes legalistas por convicção. Então, se a lei é alienada da realidade, a consequente sentença não pode deixar de sê-lo. De esta forma se concretiza, com plena segurança profissional, a injustiça em nome do Direito. De aí o descrédito do cidadão na justiça em nosso país, com adágios comuns, como o de que "é melhor um mal acordo que uma boa demanda"²⁶.

²⁵. CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), pp. 123-124.

²⁶. Cit. in: A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* (Actas del Seminario de Brasília de 1991), Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/F.-Naumann-Stiftung, 1992, p. 170 (intervención del Prof. Washington P. Albino de Souza).

V. La Aplicabilidad Directa de la Convención Americana en el Derecho Interno y las Garantías de No Repetición de Hechos Lesivos.

27. Felizmente hoy los *justiciables* en el Estado demandado también cuentan con la jurisdicción internacional, para la reivindicación de sus derechos. Tal como señalé en mi discurso de apertura del año judicial de la Corte Europea de Derechos Humanos de 2004, - como invitado de esta última para la mencionada ceremonia en Estrasburgo, - los dos tribunales internacionales de derechos humanos han hecho notables avances en la realización de justicia internacional, de la *perspectiva correcta*, a saber, *la de los justiciables*²⁷. Ambos contribuyeron decisivamente a la emancipación del ser humano frente a su propio Estado, al establecimiento de un nuevo paradigma en el presente ámbito de protección internacional, y a la *humanización del Derecho Internacional*²⁸.

28. En un párrafo lapidario de la presente Sentencia, acerca de las medidas de satisfacción de los victimados y de las garantías de no repetición de hechos lesivos (como medidas de reparación no pecuniaria), la Corte advierte que

"el Estado debe garantizar que en un plazo razonable el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables por los hechos de este caso surta sus debidos efectos, dando aplicabilidad directa en el derecho interno a la normativa de protección de la Convención Americana" (párrafo 244).

29. En la mencionada audiencia pública, en el presente caso, del 30 de noviembre y 1º de diciembre ante esta Corte, en respuesta a una de las preguntas que me permití formular sobre las actuales perspectivas generales al respecto, uno de los testigos expresó que "los constitucionalistas más justos se muestran extremadamente pesimistas con relación al resultado de lo que pueda ocurrir del punto de petrificación del poder judicial brasileño"²⁹. Mi pregunta tenía en mente el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña³⁰. No es mi objetivo aquí examinar dicho dispositivo (tampoco lo merece), sino referirme a él del punto de vista de la Convención Americana, como derecho aplicable al *cas d'espèce*.

30. Esta nueva disposición busca otorgar, de forma poco feliz, *status* constitucional, en el ámbito del derecho interno brasileño, sólo a los tratados de derechos humanos que sean aprobados por una mayoría de 3/5 de los miembros tanto de la Cámara de Diputados como del Senado Federal (pasando así a ser

²⁷. 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", 16 *Revue universelle des droits de l'homme* (2004) n. 5-8, pp. 177-180; A.A. Cançado Trindade, "The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", 25 *Human Rights Law Journal* (2004) n. 5-8, pp. 157-160. Y, para un estudio más amplio, cf. A.A. Cançado Trindade, "Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (eds. G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss), Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2005, pp. 101-138.

²⁸. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

²⁹. CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 98 (declaración del Sr. João Alfredo Teles Melo).

³⁰. Consonante con la enmienda constitucional nº 45, del 08.12.2004.

equivalentes a enmiendas constitucionales). Mal concebido, mal redactado y mal formulado, representa un lamentable retroceso con relación al modelo abierto consagrado por el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que resultó de una propuesta de mi autoría para la Asamblea Nacional Constituyente, como ha sido históricamente documentado³¹. En lo referente a los tratados anteriormente aprobados, crea un *imbroglio* muy a gusto de los publicistas estatocéntricos, insensibles a las necesidades de protección del ser humano; con respecto a los tratados por aprobar, genera la posibilidad de una diferenciación muy a gusto de publicistas autistas y miopes, tan poco familiarizados, -así como los parlamentarios que les prestan oídos, - con las conquistas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

31. Este retroceso provinciano pone en riesgo la interrelación o indivisibilidad de los derechos protegidos en el Estado demandado (previstos en los tratados que lo vinculan), amenazándolos de fragmentación o atomización, a favor de los excesos de un formalismo y hermetismo jurídicos contaminados por el oscurantismo. La nueva disposición es vista con complacencia y simpatía por los así llamados "constitucionalistas internacionalistas", que se embanderan en jusinternacionalistas sin llegar a serlo ni de lejos, dado que sólo consiguen vislumbrar el sistema jurídico internacional a través de la óptica de la Constitución Nacional. Ni siquiera está demostrada la constitucionalidad del lamentable párrafo 3 del artículo 5, sin que sea mi intención pronunciarme aquí al respecto; lo que sí afirmo en el presente Voto, -tal como lo afirmé en la conferencia que di el 31/3/2006 en el auditorio repleto del Supremo Tribunal de Justicia (STJ) en Brasilia, al final de las audiencias públicas ante esta Corte que tuvieron lugar en la histórica Sesión Externa de la misma recientemente realizada en el Brasil,- es que, en la medida en que el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña abre la posibilidad de restricciones indebidas en la aplicabilidad directa de la normativa de protección de determinados tratados de derechos humanos en el derecho interno brasileño (pudiendo incluso inviabilizarla), éste se muestra *abiertamente incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 1.1, 2 y 29).

32. Del punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y de la normativa de la Convención Americana en particular, el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña no pasa de una lamentable aberración jurídica. El grave retroceso que representa revela, una vez más, que la lucha por la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el plano nacional como internacional, no tiene fin, como en el perenne recomenzar inmortalizado por el mito de Sísifo. Al bajar la montaña para volver a empujar la roca hacia arriba, se toma *consciencia de la condición humana*, y de la tragedia que la circunda (como lo ilustrado por las historias de *Electra* y de Irene Ximenes Lopes Miranda).

33. Pero hay que seguir luchando, inclusive para que la justicia pública reaccione inmediatamente y *ex officio* ante la comisión del ilícito y la victimización, y no

³¹. Para un recuento circunstanciado del párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña, con las correspondientes referencias a las fuentes documentológicas, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 597-643; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 2000, pp. 1-214; G.R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002; Sílvia M. da Silveira Loureiro, *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2005.

movida por el aparente contragusto y a duras penas por los familiares de las víctimas. Hay que seguir luchando, porque, en realidad, no queda otra alternativa:

"Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d'actions sans lien qui devient son destin, créé par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux"³².

34. Los triunfalistas de la reciente inserción del párrafo 3 en el artículo 5 de la Constitución Federal brasileña, rehenes de un derecho formalista y olvidados del Derecho material, no parecen darse cuenta de que, del punto de vista del Derecho Internacional, un tratado como la Convención Americana ratificado por un Estado lo vincula *ipso jure*, aplicándose de inmediato y directamente, haya éste obtenido aprobación parlamentaria previa por mayoría simple o calificada. Tales disposiciones de orden interno,- o, menos todavía, de *interna corporis*, - son simples *hechos* del punto de vista del ordenamiento jurídico internacional, o sea, son, del punto de vista jurídico internacional y de la responsabilidad internacional del Estado, enteramente irrelevantes.

35. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones comprobadas de derechos humanos permanece intangible, independientemente de los malabarismos pseudo-jurídicos de ciertos publicistas (como la creación de distintas modalidades de aprobación parlamentaria previa de determinados tratados con pretendidas consecuencias jurídicas, la previsión de requisitos previos para la aplicabilidad directa de tratados humanitarios en el derecho interno, entre otros), que no hacen más que ofrecer subterfugios vacíos a los Estados para intentar librarse de sus compromisos de protección del ser humano en el ámbito de lo contencioso internacional de los derechos humanos. En definitiva, la protección internacional de los derechos humanos constituye una conquista humana irreversible, y no se dejará vencer por melancólicos accidentes del recorrido del género.

36. Como vivimos en un mundo surrealista, si no irracional, ya me había tomado la libertad, en el *Memorial* que presenté en el panel inaugural de la *III Conferencia Nacional de Derechos Humanos* en el Congreso Nacional en Brasilia en mayo de 1998, de formular una advertencia contra eventuales y futuras enmiendas constitucionales restrictivas. Transcurrida más de media década, fue lo que exacta y lamentablemente acaba de ocurrir. El formalismo jurídico vacío prevaleció sobre la identidad de propósito entre el derecho público interno y el derecho internacional en lo referente a la protección integral de los derechos inherentes a la persona humana. En mi premonición de 1998, así me referí a los riesgos de futuras restricciones a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Constitución Federal de 1988:

"Modificarlo para adaptarlo –mejor dicho, aprisionarlo- a la tesis hermenéutica y positivista de la "constitucionalización" de los tratados, implicaría, a mi modo de ver, un retroceso conceptual en nuestro país en este particular. Hay que ir más allá de la "constitucionalización" estática de los tratados de derechos humanos. Aquí, nuevamente, se impone un cambio fundamental de mentalidad, una mejor comprensión de la materia. No se puede seguir pensando dentro de categorías y esquemas jurídicos contruidos hace varias décadas, ante la realidad de un mundo que ya no existe"³³.

³². A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168.

³³. A.A. Cançado Trindade, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", 51 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1998) pp. 90-91.

37. La garantía de no repetición de violaciones a los derechos humanos, determinada por la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Ximenes Lopes* (párrafo 246, *supra*), pasa necesariamente por la educación y capacitación en materia de derechos humanos. En mi mencionada intervención de 1998 en el Congreso Nacional en Brasilia, agregué que la "nueva mentalidad" que propugnaba "tendrá que manifestarse con mayor fuerza," –enfaticé,- "en el seno de una sociedad más integrada y teñida de un fuerte sentimiento de solidaridad humana, sin la cual poco logra avanzar el Derecho"³⁴. De ahí la relevancia de la educación, formal y no formal, en materia de derechos humanos; en este aspecto, se vuelven esenciales la difusión y el mejor conocimiento de la jurisprudencia protectora de los derechos de la persona humana de la Corte Interamericana, cuya aplicabilidad directa se impone en el derecho interno de los Estados Partes.

VI. La Necesidad de Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*.

38. En la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, la Corte Interamericana advirtió que el derecho a la integridad personal, consagrado en la Convención Americana, tiene por "finalidad principal" la "prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", sin que se admita, por lo tanto, suspensión en "circunstancia alguna" (par. 126). La Corte ya lo había advertido en su Sentencia (del 18.08.2000) en el caso *Cantoral Benavides versus Perú* (pars. 95-96). En otras palabras, la mencionada prohibición recae en el ámbito del *jus cogens*.

39. El hecho de que la víctima directa del presente caso fuera portadora de una deficiencia mental (el primer caso del género ante la Corte) lo reviste de *circunstancia agravante*. En la presente Sentencia, la Corte reconoce la "protección legal" que requieren las personas particularmente vulnerables, portadoras de deficiencia mental, - como el Sr. Damião Ximenes Lopes, víctima fatal en el caso *d'espèce* (pars. 103-105), - y advierte que

"(...) La vulnerabilidad intrínseca de las personas con deficiencias mentales se agrava por el alto grado de intimidad que caracteriza a los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que vuelve a estas personas más susceptibles a tratamientos abusivos cuando se las somete a internación" (par. 106).

40. Las obligaciones de protección, -más aún en una situación de alta vulnerabilidad de la víctima como la presente,- se revisten del *carácter erga omnes* (par. 85), abarcando también las relaciones interindividuales, teniendo presente el deber del Estado de prevención y de debido cuidado, principalmente con relación a personas que se encuentran a su cuidado. La salud pública es un bien público, no una mercadería. En mis numerosos escritos y Votos en el seno de esta Corte, vengo expresando hace muchos años mi entendimiento en el sentido de que todas las obligaciones convencionales de protección están revestidas de un carácter *erga omnes*. Me resulta particularmente difícil escapar de la impresión que me asalta en el sentido de que durante todo ese tiempo tal vez haya escrito y continúe escribiendo para los pájaros...

³⁴. *Ibid.*, p. 94.

41. Habría apreciado que la Corte se hubiese esmerado más en la fundamentación de sus propios *obiter dicta* al respecto, pero no hubo tiempo para ello, en virtud del ritmo innecesariamente casi frenético que últimamente se ha impuesto a sí misma –contra mi opinión– para tomar decisiones en tiempo record. Como he manifestado reiteradamente a la mayoría de la Corte, me opongo a sacrificar la fundamentación completa y cabal de sus sentencias para dar prioridad a la productividad. Reitero aquí mi entender de que no me considero “agente de producción” (ni tampoco “recurso humano”), y no puedo aceptar que el máximo valor de un Tribunal Internacional sea la productividad, como consecuencia de las deficiencias crónicas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la asignación de recursos para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

42. La Corte podría y debería haber dedicado más tiempo a la fundamentación de la antes mencionada prohibición de *jus cogens*, tal como venía haciéndolo hasta la emisión de su trascendental Opinión nº 18 de 2003 (cf. *infra*). Al tratarse del primer caso ante esta Corte sobre portadores de deficiencias mentales (par. 123), podría y debería haber profundizado más al respecto. Es preciso recordar que un gran legado de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), - de la cual participé del primero al último minuto, e inclusive en su proceso de preparación, - residió en el conocimiento de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con las condiciones de vida de la población en todas partes, y en especial de sus segmentos más vulnerables³⁵.

43. Ahora bien, las personas portadoras de deficiencias (más de 600 millones de personas, o sea, aproximadamente el 10% de la población mundial) integran estos segmentos más vulnerables de la población, y con relación a ellas el principio básico de la igualdad y la no discriminación asume trascendental importancia³⁶. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas Portadoras de Deficiencias de 1999 otorga especial relevancia a este principio, repetidamente invocado tanto en su preámbulo³⁷ como en su parte operativa (artículos I(2)(a) y (b), II, III(1), IV(1), V(2) y VI(1) y (5)). Sin embargo, en la presente Sentencia, la Corte se refiere a él de un modo, en mi opinión, sólo oblicuo e insatisfactorio (par. 105), cuando, en su propia jurisprudencia, hay elementos preciosos que podrían haber fortalecido su fundamentación.

44. Así, en su pionera e histórica Opinión Consultiva nº 18 sobre el *Status Jurídico y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados* (del 17/09/2003), internacionalmente aclamada y adelantada en su tiempo, la Corte afirma con acierto que el mencionado principio de la igualdad y no discriminación

"impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o

³⁵. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2a. ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 39, 91-100 y 242-251.

³⁶. Cf., e.g., G. Quinn y T. Degener *et alii*, *Derechos Humanos y Discapacidad - Uso Actual y Posibilidades Futuras de los Instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Contexto de la Discapacidad*, N.Y./Ginebra, Naciones Unidas (doc. HR/PUB/02/1), 2002, pp. 1-202.

³⁷. Consideranda 1, 3 y 5.

no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

(...) Este Tribunal considera que el principio de igualdad (...) y no-discriminación pertenece al *jus cogens* (...). Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona (...).

(...) El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (pars. 100-101 y 106).

45. Sobre este punto, me tomé el trabajo de emitir, en la antes mencionada Opinión Consultiva nº 18, un extenso Voto Concurrente (pars. 1-89), en defensa de la ampliación del contenido material del *jus cogens* y del amplio alcance de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección. Esta ha sido invariablemente mi posición en el seno de esta Corte, como lo prueban mis Votos Separados en los casos *Massacre de Mapiripán versus Colombia* (Sentencia del 15.09.2005, pars. 25-29 del Voto), *Acosta Calderón versus Ecuador* (Sentencia del 24.06.2005, par. 7 del Voto), *Yatama versus Nicaragua* (Sentencia del 23.06.2005, pars. 6-8 del Voto), *Comunidad Moiwana versus Surinam* (Sentencia del 15.06.2005, par. 30 del Voto), *Caesar versus Trinidad y Tobago* (Sentencia del 11.03.2005, pars. 85-92 del Voto), *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (mérito, Sentencia del 29.04.2004, pars. 29-33 del Voto; y reparaciones, Sentencia del 19.11.2004, pars. 5-6 del Voto), *Tibi versus Ecuador* (Sentencia del 07.09.2004, pars. 26-35 del Voto), *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (Sentencia del 08.07.2004, pars. 37-44 del Voto), *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003, par. 29 del Voto), *Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago* (excepciones preliminares, Sentencias del 01.09.2001, par. 38 de los Votos; y mérito, Sentencia del 21.06.2002, par. 16 del Voto), *Trujillo Oroza versus Bolivia* (Sentencia del 27.02.2002, par. 18 del Voto), *"Meninos de Rua" (Villagrán Morales y Otros) versus Guatemala* (reparaciones, Sentencia del 26.05.2001, par. 36 del Voto), *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2000, par. 27 del Voto), *Las Palmeras versus Colombia* (excepciones preliminares, Sentencia del 04.02.2000, par. 6 del Voto); y *Blake versus Guatemala* (excepciones preliminares, Sentencia del 02.07.1996, pars. 11 y 14 del Voto; y mérito, Sentencia del 24.01.1998, pars. 23-30 del Voto; y reparaciones, Sentencia del 22.01.1999, par. 39-42 del Voto); y, además de eso, según lo corroborado en mis Votos Concurrentes en los casos *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Sentencia del 27.11.2003, par. 5-10 del Voto), *Barrios Altos versus Perú* (Sentencia del 14.03.2001, par. 11 del Voto), así como también por mi Voto Disidente en el caso *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (excepciones preliminares, Sentencia del 23.11.2004, pars. 32 y 39-43), más otros numerosos Votos míos en medidas cautelares de protección ordenadas por esta Corte³⁸.

46. Entonces pienso que la Corte podría y debería haberse apoyado en su jurisprudencia más avanzada sobre la materia en análisis en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes*. Tal vez lo habría hecho se hubiera dado más tiempo para

³⁸. Casos *Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil* (del 30.11.2005, pars. 24-26 de mi Voto Concurrente); *Prisiones de Mendoza versus Argentina* (del 18.06.2005, pars. 7-20 de mi Voto Concurrente); *Pueblo Indígena de Sarayaku versus Ecuador* (del 06.07.2004, par. 8 de mi Voto Concurrente; y del 17.06.2005, pars. 20-26 de mi Voto Concurrente); *Comunidades de Jiguamiandó y de Curbaradó versus Colombia* (del 15.03.2005, pars. 8-10 de mi Voto Concurrente); *Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia* (del 15.03.2005, pars. 8-10 de mi Voto Concurrente); *Emisora de Televisión 'Globovisión' versus Venezuela* (del 04.09.2004, par. 13 de mi Voto Concurrente); *Prisión de Urso Branco versus Brasil* (del 07.07.2004, par. 8 de mi Voto Concurrente); y *Pueblo Indígena Kankuamo versus Colombia* (del 05.07.2004, par. 10 de mi Voto Concurrente).

deliberar. Como dice el famoso adagio, la prisa es enemiga de la perfección. Inclusive, hasta principios de 2004 la Corte Interamericana venía siendo uno de los tribunales internacionales que más estaba contribuyendo para la evolución del contenido material del *jus cogens*, seguida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia. Por alguna razón que escapa a mi comprensión, últimamente parece haberse refrenado en su construcción doctrinario-jurisprudencial al respecto.

47. En mi opinión, en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes*, al determinar las violaciones no sólo de los artículos 4 y 5 de la Convención (reconocidas por el propio Estado), sino también de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, debería haber ido más allá con respecto a estos últimos, extendiendo el dominio del *jus cogens* también al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, estando allí comprendidas las garantías del debido proceso legal. En ese sentido me he pronunciado en el seno de esta Corte en los últimos dos años, por ejemplo, *inter alia*, de lo fundamentado en mis Votos Separados en los casos *López Álvarez versus Honduras* (Sentencia del 01.02.2006, pars. 53-55 del Voto), *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006, pars. 63-65 del Voto), *Baldeón García versus Perú* (Sentencia del 06.04.2006, par. 10 del Voto), y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006, par. 36 del Voto). Espero que la Corte tenga el valor de dar en breve este nuevo salto cualitativo en su construcción jurisprudencial, ya que no lo hizo en la presente Sentencia en el caso *Ximenes Lopes*. A partir del día en que lo haga –espero que lo antes posible– estará contribuyendo para que se vuelva más difícil repetir historias como las de *Electra* e Irene en medio de la impunidad.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario