VOTO DISIDENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Lamento no poder compartir la decisión tomada por la mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los puntos resolutivos ns. 3 y 4, y el criterio por ésta adoptado sobre estos puntos en los párrafos considerativos ns. 125 y 130-132, respectivamente, de la presente Sentencia sobre fondo y reparaciones en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, en el sentido de haber la Corte construido su Sentencia con base en su anterior decisión (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23.11.2004) sobre la primera excepción preliminar *ratione temporis* (y en realidad también *ratione materiae*) interpuesta por el Estado demandado.

2. Dicha excepción, admitida por la Corte con mi Voto Disidente, excluyó, a mi juicio indebidamente, de la consideración del Tribunal, los hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior a la fecha de reconocimiento por el Estado de la competencia contenciosa de la Corte (06.06.1995) y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento hasta el presente, - decisión ésta a la cual me opuse por las razones expuestas en mi anterior Voto Disidente (Sentencia sobre excepciones preliminares del 23.11.2004).

3. Tal decisión ha condicionado la presente Sentencia de la Corte sobre el fondo y reparaciones, conllevando a una autolimitación por la Corte, en el presente caso, de las facultades de protección que le otorga la Convención, - autolimitación ésta que considero inaceptable. Me veo, así, en la obligación de dejar constancia, en ese Voto Disidente en la presente Sentencia sobre fondo y reparaciones en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, de mis reflexiones personales como fundamentación de mi posición al respecto.

4. Mis reflexiones incidirán sobre siete puntos específicos, a saber: a) la necesidad de superación de los excesos del voluntarismo estatal; b) la construcción y relevancia del derecho a la identidad; c) la centralidad, en el presente caso, de los derechos del niño; d) el amplio alcance del derecho a la vida; e) la subsistencia de la responsabilidad estatal ante la jurisdicción autolimitada de la Corte en el *cas d'espèce*; f) la necesidad de la jurisdicción internacional automáticamente obligatoria de la Corte Interamericana; y g) el perenne desafío de la cuestión de la relación entre el tiempo y el Derecho.

I. Hacia la Superación de los Excesos del Voluntarismo Estatal.

5. En mi supracitado Voto Disidente en la Sentencia sobre excepciones preliminares en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, me permití señalar que

> "El derecho internacional contemporáneo, al abrigar valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo, ha superado la anacrónica concepción voluntarista, propia de un pasado ya distante en el tiempo. Al contrario de lo que suponen algunos raros y nostálgicos sobrevivientes del apogeo positivista-voluntarista, la metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos, desarrollada a partir de las reglas de interpretación consagradas en el derecho internacional (tales como las

> enunciadas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986), alcanza tanto las normas sustantivas (sobre los derechos protegidos) como las cláusulas que rigen los mecanismos de protección internacional, - en virtud del principio *ut res magis valeat quam pereat*, que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional" (párr. 7).

6. Sería, en efecto, inadmisible subordinar la operación del mecanismo convencional de protección a condiciones no expresamente autorizadas por el artículo 62 de la Convención Americana, pues esto no sólo afectaría de inmediato la eficacia de la operación de dicho mecanismo, sino, además, fatalmente impediría sus posibilidades de desarrollo futuro. Además, - como agregué en mi referido Voto Disidente, - de la propia experiencia de la Corte se desprendía que

> "La primacía de consideraciones de *ordre public* sobre la voluntad de Estados individuales, han establecido estándares más altos de comportamiento estatal y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal" (párr. 47).

7. Anteriormente al presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, hace algunos años, en el caso *Blake versus Guatemala* ante esta Corte, una excepción preliminar de incompetencia *ratione temporis* interpuesta por el Estado demandado y admitida parcialmente por la Corte conllevó a una fragmentación indebida de delito continuado de desaparición forzada de persona, contra la cual me posicioné mediante los Votos Razonados que presenté en todas las etapas del trámite del caso (1996-1999) ante la Corte. Al pronunciarse sobre el caso, la desaparición forzada de la víctima ya había concluido, con la identificación de su paradero (i.e., de sus restos mortales).

8. La situación que se plantea en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* es aún más preocupante. La primera excepción preliminar interpuesta por el Estado demandado e integralmente admitida por la Corte en su anterior Sentencia del 23.11.2004 (puntos resolutivos ns. 1 y 2) conllevó no a la fragmentación, sino a la total desconsideración, por parte de la Corte, del delito continuado de desaparición forzada de personas, y de todo lo que resulte de dicha desaparición, la cual persiste hasta nuestros días. Aún más, la limitación supuestamente *ratione temporis* interpuesta por el Estado demandado (en su referida excepción preliminar), en cuanto a hechos o actos cuyo "principio de ejecución" es anterior a la fecha de reconocimiento por el Estado de competencia de la Corte en materia contenciosa y que se prolongan *con posterioridad* a dicha fecha hasta el presente, no se encuadra en ninguna de las condiciones de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte (bajo el artículo 62 de la Convención Americana), y tampoco es de carácter tan sólo *ratione temporis*.

9. El propio Estado demandado, - como lo recordé en mi Voto Disidente en la Sentencia sobre excepciones preliminares del presente caso, - dejó claro, en sus argumentos, que su propósito fue clarísimo, en el sentido de excluir de la competencia de la Corte Interamericana la consideración de toda y cualquier violación de los derechos humanos que hubiese tenido origen en el conflicto armado interno que flageló el país y su población por más de una década (1980-1991). Los términos de la

aceptación de la competencia de la Corte por el Estado de El Salvador excedieron, a mi juicio, las condiciones estipuladas en el artículo 62 de la Convención Americana, al excluir indebidamente de la posible consideración, por parte de esta Corte, de hechos o actos *posteriores* a dicha aceptación, cuyo "principio de ejecución" hubiese sido anterior a ésta.

10. La objeción del Estado demandado se revistió, pues, de carácter al mismo tiempo *ratione temporis* y *ratione materiae*, formando un *imbroglio* de tiempo indeterminado y de alcance amplio, general e indefinido; dicha objeción fue aceptada por la Corte por razones que escapan a mi comprensión, cuando debió el Tribunal haberla declarado inadmisible e inválida. Como advertí en mi supracitado Voto Disidente,

> "Al proceder como lo hizo, aceptando estos términos de dicha excepción preliminar, la mayoría de la Corte se atuvo al voluntarismo estatal, dejando desprotegidas a las personas que se consideran víctimas de violaciones continuadas de derechos humanos de particular gravedad, ocurrentes en el conflicto armado salvadoreño, y resultantes de la práctica documentada de la desaparición forzada de niños y niñas y de la sustracción de su identidad y nombre durante dicho conflicto armado[1]" (párr. 16).

11. Al privilegiar el voluntarismo estatal, la Corte se autolimitó indebidamente y de modo regresivo[2], y desafortunadamente lo hizo en un importante caso de derechos

---

[1]. Para un relato, revelador de que la crueldad humana no tiene límites, ni tampoco fronteras (por cuanto esta práctica ocurrió en conflictos armados internos también en otros países), cf. Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, *El Día Más Esperado - Buscando a los Niños Desaparecidos de El Salvador*, San Salvador, UCA Editores, 2001, pp. 11-324; Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos (APBNND), *La Problemática de Niñas y Niños Desaparecidos como Consecuencia del Conflicto Armado Interno en El Salvador*, San Salvador, APBNND, 1999, pp. 4-80; Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos (APBNND), *La Paz en Construcción - Un Estudio sobre la Problemática de la Niñez Desaparecida por el Conflicto Armado en El Salvador*, San Salvador, APBNND, [2002], pp. 3-75; Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, "En Búsqueda: Identidad - Justicia - Memoria", 4 *Época* - San Salvador (2003), pp. 3-15; y cf. Amnistía Internacional, *El Salvador - Dónde Están las Niñas y los Niños Desaparecidos?*, Londres/San Salvador, A.I., 2003, pp. 1-10. Cf. también: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, *Caso Ernestina y Erlinda Serrano Cruz* (Informe de la Sra. Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos sobre las Desapariciones Forzadas de las Niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, Su Impunidad Actual y el Patrón de la Violencia en que Ocurrieron Tales Desapariciones), San Salvador, PDDH, 2004, pp. 1-169 (circulación interna).

[2]. Anteriormente, por ejemplo, en el caso *Trujillo Oroza versus Bolivia* (Sentencia sobre el fondo del 27.02.2002), la

humanos que representa un microcosmo de una de las mayores tragedias vividas por los países latino-americanos en las últimas décadas: la tragedia de las niñas y los niños desaparecidos en el conflicto armado salvadoreño. Como me permití alertar en mi anterior Voto Disidente en el presente caso (Sentencia sobre excepciones preliminares),

> "(...) en la presente Sentencia de la Corte en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, en razón de su punto resolutivo n. 2, irónicamente lo que se ha transformado en "situación continuada", por decisión de la mayoría de la Corte, no es la *situación* supuestamente violatoria de los derechos humanos sometida a su consideración y decisión, sino más bien la situación de privación continuada, impuesta por el Estado a la Corte, de ejercer su jurisdicción, o sea, de examinar la materia y pronunciarse al respeto, - lo que a mi modo de ver nos aproxima a un verdadero absurdo jurídico. Ya se sabe que no hay progreso lineal en la historia del pensamiento jurídico, e inclusive del propio pensamiento humano en general, pero sinceramente espero que, en una dimensión temporal, la presente Sentencia de la Corte, en cuanto a su punto resolutivo n. 2, no sea más que una piedra que sobrepasar, como un accidente en el largo camino a recorrer.
>
> En la línea avanzada de la jurisprudencia reciente de la Corte, su Sentencia en el caso *Trujillo Oroza* (...), sus (...) Sentencias sobre Competencia en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein*, y sobre Excepciones Preliminares en los casos *Hilaire*, *Benjamin* y *Constantine*, constituyeron igualmente notables avances internacionales en materia de jurisdicción internacional en general, y de sus fundamentos jurídicos. Las dos últimas forman hoy parte de la historia de los derechos humanos en América Latina, con amplias repercusiones positivas en otros continentes; más aún, han generado expectativas de nuevos avances en la jurisprudencia de la Corte en la misma dirección[3]" (párrs. 22-23).

Corte consideró el delito continuado en su *integralidad*, como un todo, como debe ser, - lo que significó, como señalé en mi Voto Razonado en aquel caso (párrs. 2-19), que sí, es posible superar las contingencias de los postulados clásicos del derecho de los tratados, cuando hay conciencia de esta necesidad; *boni judicis est ampliare jurisdictionem*. La Corte dio, así, expresión a los valores superiores subyacentes a las normas de protección de los derechos humanos, compartidos por la comunidad internacional como un todo (párrs. 20-22). - Además, en sus Sentencias sobre Excepciones Preliminares en el caso *Hilaire*, - al igual que en los casos *Benjamin* y *Constantine* (2001), relativos a Trinidad y Tobago, - la Corte Interamericana ponderó con acierto que, si se aceptasen restricciones interpuestas por los Estados en sus propios términos en los instrumentos de aceptación de su competencia contenciosa, esto la privaría de su potestad y tornaría ilusorios los derechos protegidos por la Convención Americana (párr. 93, y cf. párr. 88).

[3]. Cf., v.g., A. Salado Osuna, *Los Casos Peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Edit. Normas Legales, 2004, pp. 94-131.

12. Las consecuencias de la decisión de la Corte en la anterior Sentencia sobre excepciones preliminares en el *cas d'espèce*, se proyectan en la actual Sentencia sobre el fondo y reparaciones en el presente caso. Aprisionada en el hermetismo hermenéutico de su anterior Sentencia sobre excepciones preliminares en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, la Corte eludió la construcción jurisprudencial que le cabía hacer, para dar secuencia a su avanzada interpretación evolutiva de la Convención Americana. Dicha interpretación evolutiva se aplica, en mi entender, en relación con las disposiciones de la Convención Americana de carácter tanto sustantivo como procesal[4].

II. La Construcción Jurisprudencial Eludida.

1. La Relevancia del Derecho a la Identidad.

a) Sentido y Alcance del Derecho a la Identidad.

13. Dadas las circunstancias del presente caso, no veo cómo eludir la cuestión del *derecho a la identidad* de las dos hermanas desaparecidas hasta la fecha, Ernestina y Erlinda Serrano Cruz. Es ésta una cuestión que debió haber sido objeto de una *construcción jurisprudencial* por parte de la Corte, por cuanto, en mi entender, no hay cómo disociar el derecho a la identidad, de la propia personalidad jurídica del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional. Para esto, debió la Corte haber examinado conjuntamente las violaciones alegadas en el presente caso del derecho al nombre (artículo 18 de la Convención Americana) y del derecho a la protección de la familia (artículo 17 de la Convención). El respeto al derecho a la identidad habilita al individuo defender sus derechos, y tiene por lo tanto incidencia asimismo en su capacidad jurídico-procesal tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.

14. El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. Dicho derecho tiene además un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y

---

[4]. Cf. 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* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 y 166-167; 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; A.A. Cançado Trindade, "La Interpretación de Tratados en el Derecho Internacional y la Especificidad de los Tratados de Derechos Humanos, *in Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. E.J. Rey Caro* (ed. Z. Drnas de Clément), vol. I, Córdoba/Argentina, Ed. Drnas/Lerner, 2003, pp. 747-776.

su ubicación en el mismo.

15. Sin la identidad propia uno no es *persona*. La persona humana, a su vez, se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. La salvaguardia de su derecho a la identidad tórnase esencial para ese fin. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas[5].

16. El derecho a la identidad amplía la tutela de la persona humana, va más allá del elenco de los derechos subjetivos ya sedimentados en el mundo del Derecho; respalda, además, la personalidad jurídica en cuanto categoría propia también del universo conceptual del Derecho. La identidad expresa lo que hay de más personal en cada ser humano, proyectándolo en sus relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior. La concepción del derecho a la identidad pasó a ser elaborada de modo más profundizado sobre todo a partir de los años ochenta, hasta el final del siglo pasado.

17. A su vez, la concepción de *derecho subjetivo* individual tiene una proyección histórica más amplia, originada en particular en el pensamiento jusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX y en el inicio del siglo XX, aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado del poder público, y bajo la influencia del positivismo jurídico[6]. El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo)[7]. No sorprende que el derecho a la identidad trascienda los derechos subjetivos.

18. Sin embargo, no hay como negar, como lo señalé en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 17 de esta Corte sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (2002), que

> "la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual, y su sistematización, lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como *titular* de derechos. Y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos a nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX, quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio Derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un

---

[5]. Cf., en ese sentido, v.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 y 159.

[6]. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.

[7]. Ch. Eisenmann, "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", 60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 y 771.

verdadero `derecho humano'"[8]. (...)

> La emergencia de los derechos humanos universales, a partir de la proclamación de la Declaración Universal de 1948, vino a ampliar considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, desvendando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser humano en mucho fomentaron ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, afirmáronse como oponibles al propio poder público.
>
> La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal" (párrs. 47 y 49-50).

19. El derecho a la identidad viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su "verdad personal"[9]. El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior[10]. De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.

b) Componentes del Derecho a la Identidad.

20. Aunque el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, su contenido material se desprende, *en las circunstancias del caso concreto*, sobre todo de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de ésta. La violación de éstos y otros derechos expresamente previstos en la Convención Americana acarrea el deber de reparación por parte del Estado demandado.

21. Ya el derecho a la identidad, al igual que el derecho a la verdad, se desprenden de determinados derechos consagrados en la Convención Americana, se trata más bien de una necesaria construcción jurisprudencial, que, a su vez, conlleva al desarrollo progresivo del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, - posteriores a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, - como la Convención de Naciones Unidas sobre

---

[8]. J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

[9]. C. Fernández Sessarego, *Derecho a la Identidad Personal*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992, pp. 99-100 y 126.

[10]. Cf. *ibid*., pp. 113 y 115.

los Derechos del Niño[11] (1989) y la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), efectivamente reconocen el derecho a la identidad como tal[12].

22. El derecho a la identidad, en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz* bajo la Convención Americana, se desprende particularmente de los derechos al nombre y a la protección de la familia (artículos 18 y 17, respectivamente, de la Convención). Pero en otras circunstancias, en algún otro caso, podría igualmente desprenderse de otros derechos consagrados en la Convención (tales como, v.g., el derecho a la personalidad jurídica, artículo 3; el derecho a la libertad personal, artículo 7; el derecho a la libertad de conciencia y religión, artículo 12; el derecho a la libertad de pensamiento y expresión; el derecho a la nacionalidad, artículo 20).

23. El derecho al nombre, consagrado en la Convención Americana (artículo 18), también se encuentra expresamente reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7(1)) así como en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 6(1). Y aunque la Convención Europea de Derechos Humanos no lo prevea expresamente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha, sin embargo, sostenido que tal derecho se desprende del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) de la Convención.

24. En el entendimiento de la Corte Europea, "al constituir un medio de identificación personal y una conexión a la familia, el nombre de un individuo concierne a su vida privada y familiar"[13]. No se trata del nombre *per se*, sino más bien del nombre como "bien de la identidad personal", designando la persona humana que con él se identifica[14], y mediante el cual ejerce y defiende sus derechos individuales. El derecho a la identidad, conformado por el contenido material de los derechos al nombre y a la protección de la familia, no sólo amplía el elenco de los derechos individuales, sino además contribuye, a mi juicio, a fortalecer la tutela de los derechos humanos.

25. A su vez, su otro componente en el presente caso, el derecho a la protección de la familia, encuéntrase expresamente previsto tanto en la Convención Americana (artículo 17) como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

---

[11]. En particular artículos 7 y 8.

[12]. Además, en un mundo marcado hoy día por tantos conflictos armados internos, victimando sobre todo mujeres y niños, no sorprende que la propia Asamblea General de Naciones Unidas haya instado y exhortado a todos los Estados miembros (resolución 58/57, del 22.12.2003), a respetar precisamente el derecho de las niñas y los niños a preservar su identidad (ahí incluido el respeto a los derechos al nombre y a las relaciones familiares).

[13]. Cf. CtEDH, caso *Stjerna versus Finlandia*, Sentencia del 25.11.1994, Serie A, n. 299-A, p. 60, párr. 37; CtEDH, caso *Burghartz versus Suiza*, Sentencia del 22.02.1994, Serie A, n. 280-B, p. 28, párr. 24.

[14]. C. Fernández Sessarego, *op. cit. supra* n. (9), pp. 25 y 75.

Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 15), entre otros tratados internacionales[15]. En su 17a. Opinión Consultiva, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), esta Corte señaló que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[16]; en las palabras de la Corte,

> "En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, `el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad', con derecho a `la protección de la sociedad y el Estado', constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16(3) de la Declaración Universal [de los Derechos Humanos], VI de la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre], 23(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17(1) de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]" (párr. 66).

La Corte agregó que el derecho a la protección de la familia adquiere aún mayor relevancia cuando ocurre una separación excepcional del niño de su familia[17]. El derecho a la protección de la familia requiere, así, medidas positivas por parte del Estado.

c) La Centralidad de los Derechos del Niño.

26. En la audiencia pública ante esta Corte de los días 07-08.09.2004 en el

---

[15]. Además del Pacto de Naciones Unidas sobre de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10(1), Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (artículo 8), Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 8). Y cf., asimismo, sobre la reunificación familiar, el Protocolo II a las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario (artículo 4(3)(b)).

[16]. Sobre la importancia de los principios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho Internacional Público y en todo sistema jurídico, cf. CtIADH, Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n. 18), Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, pp. 213-267, párrs. 1-89.

[17]. Cf. CtIADH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* Opinión Consultiva OC-17/02, del 28.08.2002, Serie A, n. 17, pp. 105-106, párr. 71.

presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, el Director de la Asociación Pro-Búsqueda (Dr. J.M.R. Cortina Garaícorta) rindió un testimonio[18] que, entre otros elementos probatorios valorados por la Corte, bien contextualiza el *cas d'espèce*:

> "(...) Durante el conflicto armado en El Salvador existió un patrón sistemático de desaparición de niños durante los operativos militares. El caso de Erlinda y Ernestina cabe perfectamente en el patrón general de desaparición de niños y niñas durante el conflicto. La Fuerza Armada y las instituciones humanitarias que tenían a los niños no hicieron nada por encontrar a los familiares de éstos, se los llevaron a orfanatos y a cuarteles o los `vendían en adopción'. Bastaba que un juez declarara al niño en estado de abandono material y moral para que autorizara la adopción. Estas adopciones estaban basadas en la mentira de la orfandad y el abandono. En el extranjero han encontrado 126 niños en 11 países de América y Europa. Todos ellos se han nacionalizado como ciudadanos del país en el que residen y casi todos no hablan su idioma materno. (...)
>
> (...) En agosto de 1994 se creó la Asociación Pro-Búsqueda. Hasta septiembre de 2004 había logrado resolver 246 solicitudes de búsqueda y le quedaba por resolver 475 casos. Conoce más de 40 casos de niños que desaparecieron durante el conflicto armado que están en casas de oficiales de la Fuerza Armada; era *vox populi* que en los cuarteles se regalaban niños. (...)
>
> (...) En el informe de la Comisión de la Verdad de marzo de 1993 no se mencionó el caso de los niños desaparecidos, probablemente porque no hubo tiempo para investigar los hechos de la desaparición de niños. La Comisión de la Verdad incluyó las desapariciones de niños en la situación global de desapariciones, y expuso 30 casos ejemplares de grandes masacres y algunos casos de desapariciones. (...)".

27. En su testimonio ante esta Corte, el Director de la Asociación Pro-Búsqueda declaró además que

> "Era un fenómeno que ocurría en El Salvador; normalmente estos niños, cuando eran traídos a los refugios, entonces bastaba el juicio de un juez (...) en el que se declaraba a es[tos] niño[s] en estado de abandono material y moral. Con ésto, ya bastaba para que el juez ordenase la adopción. (...) Los precios de las adopciones dependían desde dónde se hacían, oscilaban entre los 5 y 8 mil dólares, hasta los 20 mil. Tenemos el caso de que nos cuentan de la casa de engorde, en el expediente 36-A-12-83, dónde se dice que el precio de estos niños que habían sido secuestrados (...) era de entre 15 y 20 mil dólares, dinero que, después, estos señores lo compartían y se lo repartían (...). (...) A esta casa (...) la llamaría casa para tráfico de menores (...). Para mí, estas adopciones, aunque pudieron haber sido legales, porque llevaban autorizaciones de un juez, eran ilícitas, porque estaban basadas en la mentira (...) de la orfandad y el abandono material y moral"[19].

---

[18]. Cuya trascripción se encuentra resumida en el párrafo 36(a)(3) de la presente Sentencia, dónde figura la cita reproducida en seguida.

[19]. CtIADH, *Trascripción de la Audiencia Pública sobre Excepciones Preliminares, y Eventuales Fondo, Reparaciones y*

28. Dadas las circunstancias del presente caso, debió la Corte haber igual y seguramente considerado las alegadas violaciones de los derechos del niño, teniendo presente la disposición del artículo 19 de la Convención Americana que determina que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Dicha disposición ocupa una posición central en la consideración del presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, que se enmarca en la tragedia de las niñas y los niños desaparecidos en el conflicto armado salvadoreño de 1980-1991. A mi juicio, debió la Corte en el presente caso haber establecido la violación de los derechos del niño, bajo el artículo 19 de la Convención, en perjuicio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz.

29. Las dos hermanas, que siguen desaparecidas hasta hoy, eran niñas al momento de la ocurrencia de los primeros hechos que están siendo investigados por el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, y hoy tendrían 29 años y 27 años incompletos, respectivamente. El caso se enmarca en una verdadera tragedia humana, que tampoco hay cómo eludir, cuyos dados levantados por la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos (durante el conflicto armado salvadoreño, 1980-1991) hablan por sí mismos[20]. Los victimados fueron tanto las niñas y los niños desaparecidos como sus familiares inmediatos, de conformidad con la ampliación de la *noción de víctima*[21] respaldada por la *jurisprudence constante* de esta Corte desde el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, Sentencia del 24.01.1998).

30. En realidad, en un caso como el presente, de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, enmarcado en una verdadera tragedia humana que victimó a centenas de personas, las violaciones de los derechos humanos, además de afectar sus víctimas directas e indirectas (los familiares), se proyectan sobre todo en el tejido social. Al respecto, me he permitido señalar, en mi Voto Razonado en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia sobre reparaciones, del

---

Costas, en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador, Celebrada el 07 y 08 de Septiembre de 2004 en la Sede de la Corte, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, página 15 del referido testimonio (circulación interna).

[20]. Cf., e.g., Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, *La Problemática de Niñas y Niños Desaparecidos como Consecuencia del Conflicto Armado Interno en El Salvador*, El Salvador, San Salvador, 1999, pp. 29-35; Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos/Save the Children, *Un Estudio sobre la Problemática de la Niñez Desaparecida por el Conflicto Armado en El Salvador*, El Salvador, San Salvador, 2002, pp. 24-26.

[21]. 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), capítulo XI ("The Evolution of the Notion of Victim or of the Condition of the Complainant in the International Protection of Human Rights"), pp. 243-299.

26.05.2001), que,

> "(..) aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. (...) El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás" (párr. 22).

31. En el presente caso, la lista más actualizada de la Asociación Pro-Búsqueda, que consta en el expediente del presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, da cuenta de 698 niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado salvadoreño, cuando tenían la edad variando de menos de un año a 18 años[22]. El fiel cumplimiento del artículo 19 de la Convención Americana, en circunstancias como las del presente caso, que se enmarca en esta tragedia humana, requiere de inicio la búsqueda, localización, encuentro, reintegración familiar[23] y acompañamiento psicológico de las niñas y niños desaparecidos y reencontrados. Los esfuerzos en este sentido, en su gran mayoría, han partido de entidades de la sociedad civil (como, sobre todo, la Asociación Pro-Búsqueda[24]), movidas por un sentimiento de solidaridad humana, y no del poder público[25], que tiene el deber de proteger todas las personas que se encuentren bajo su

---

[22]. Algunos de los niños y niñas identificados fueron encontrados con vida en situaciones distintas, sea en orfanatos, sea con familias en El Salvador y en el exterior, en los continentes americano y europeo (mediante "adopciones" *de facto* o apropiaciones indebidas por civiles y militares). La Asociación Pro-Búsqueda encuéntrase investigando 126 casos de adopciones en el exterior, así como casos de presuntas víctimas de tráfico ilícito de niñas y niños (con posibles alteraciones de nombres y apellidos).

[23]. Como lo requiere, además, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 39.

[24]. Tal como expresamente señalado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, bajo la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, doc. CRC/C/15/Add.232, del 30.06.2004, p. 7, párr. 31), que ha atribuido la búsqueda e identificación de cerca de 250 niños principalmente a la Asociación Pro-Búsqueda, y ha expresado la "preocupación" por no haber el Estado "participado más en la investigación de la desaparición de más 700 niños" durante el conflicto armado salvadoreño de 1980-1991 (*Ibíd*., p. 7, Párr. 31).

[25]. El Estado demandado llegó inclusive a cuestionar la existencia misma de las hermanas Relinda y Ernestina Serrano Cruz, en el presente caso ante la Corte Interamericana, y no adoptó todas las medidas necesarias para determinar su paradero y salvaguardar su derecho a la identidad (ahí incluidos el derecho al nombre y el derecho a la protección de la familia), situación esta que persiste hasta la fecha. La hermanas Serrano Cruz, que siguen desaparecidas, fueron

jurisdicción.

d) El Derecho Fundamental a una Vida Digna.

32. No veo cómo eludir, como lo ha hecho, para mi pesar, la Corte Interamericana en el presente caso, la consideración del derecho a la vida. A mi juicio, el criterio y los señalamientos constantes en los párrafos considerativos 130-132 de la presente Sentencia son enteramente insatisfactorios. Esta misma Corte ponderó, en su aclamada Sentencia sobre el fondo en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999, párrafo 144), la cual ya pertenece a la historia de la protección internacional de los derechos humanos en América Latina, que

> "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él".

33. Ésto no se ha cumplido en el presente caso. El derecho a la vida, en ese entendimiento propugnado hace media década por esa misma Corte, fue lesionado en el presente caso, en perjuicio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, desaparecidas hasta la fecha. Es, a mi juicio, lo que debió la Corte haber establecido en la presente Sentencia. No veo cómo sostener que dos niñas desaparecidas en un conflicto armado pueden tener preservado su derecho a una vida digna. Tampoco veo cómo dejar de pronunciarse al respecto, como lo ha hecho la Corte en la presente Sentencia. Tampoco veo cómo las dos niñas desaparecidas hasta la fecha hayan podido desarrollar un auténtico proyecto de vida. Las dos hermanas desaparecidas son víctimas inocentes y silenciosas, pero no olvidadas, de la violencia secular y milenar de los seres humanos.

34. ¿Para que sirven los conflictos armados? Para nada. Conllevan a la nada, son la carrera desesperada hacia la nada. Todos los combatientes se transforman en patéticos objetos de combate. Ya no piensan, sino matan, secuestran niños (poniendo fin a su inocencia e identidad), y se transforman en máquinas de destrucción. Ya no consiguen pensar, pues ya ingresaron en el vacío de la nada. Se han brutalizado a sí mismos, pues matar y destruir es su oficio, para nada. La nada absoluta. Ya en el siglo VIII a.C. lo decía Homero, en su *Ilíada*, con insuperables contundencia y fuerza de expresión,

---

buscadas por su madre antes de fallecer, y siguen siendo buscadas por los hermanos que aún viven. - A su vez, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instado el Estado de El Salvador a presentar "información detallada sobre el número de niños encontrados vivos y los que perecieron durante el conflicto" armado de 1980-1991; ONU, documento CCPR/CO/78/SLV, del 22.08.2003, p. 5, párr. 19.

con palabras penetrantes que debían ser leídas atentamente por los tan numerosos, inescrupulosos e irresponsables apologistas del uso de la fuerza de nuestros días:

> "War - I know it well, and the butchery of men.
> Well I know, shift to the left, shift to the right
> my tough tanned shield. That's what the real drill,
> defensive fighting means to me. I know it all,
> (...) I know how to stand and fight to the finish,
> twist and lunge in the War-god's deadly dance.
> (...) Ah for a young man
> all looks fine and noble if he goes down in war,
> hacked to pieces under a slashing bronze blade -
> he lies there dead... but whatever death lays bare,
> all wounds are marks of glory. When an old man's killed
> and the dogs go at the gray head and the gray beard
> (...) - that is the cruelest sight
> in all our wretched lives!"[26]

35. Ante la creciente vulnerabilidad del ser humano en el mundo violento de nuestros días, que no hay aprendido las lecciones del pasado, el derecho a la vida comporta una construcción jurisprudencial que conlleve a una mayor protección de la persona humana, a ejemplo de la propugnada por esta Corte en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*supra*). Otro ejemplo, en esta línea de razonamiento, se encuentra en la jurisprudencia reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos: en el caso *Chipre versus Turquía* (Sentencia del 10.05.2001), v.g., la Corte Europea estableció la violación del derecho a la vida (artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos) por la falta de cumplimiento, por el Estado demandado, de la obligación procesal de investigar el paradero de las personas desaparecidas[27].

36. En sus Sentencias en tres otros casos recientes contra Turquía - casos *Kaya* (19.02.1998)[28], *Ogur* (20.05.1999)[29], y *Irfan Bilgin* (17.07.2001)[30] - la Corte Europea sostuvo, del mismo modo, que hubo violación del artículo 2 de la Convención Europea (derecho a la vida) por la falta, por parte del Estado demandado, de una "investigación eficaz" de las circunstancias de la muerte de las respectivas víctimas. En el caso *Kiliç versus Turquía* (Sentencia del 28.03.2000), la Corte Europea estableció dicha violación por la falta de las autoridades públicas de tomar "medidas razonables a ellas

---

[26]. Homer, *The Iliad*, N.Y./London, Penguin Books, 1991 [reed.], pp. 222 y 543-544, versos 275-278, 280-281 y 83-89, respectivamente.

[27]. CtEDH, petición n. 25781/94, caso *Chipre versus Turquía*, párrs. 132-136.

[28]. CtEDH, petición n. 158/1996/777/978, caso *Kaya versus Turquía*, párr. 92.

[29]. CtEDH, petición n. 21594/93, caso *Ogur versus Turquía*, párr. 93.

[30]. CtEDH, petición n. 25659/94, caso *Irfan Bilgin versus Turquía*, párr. 145.

disponibles para prevenir un riesgo real e inmediato a la vida de Kemal Kiliç"[31]; idénticas decisiones al respecto tomó la Corte en los casos *Mahmut Kaya* (Sentencia del 28.03.2000)[32] y *Akkoç* (Sentencia del 10.10.2000)[33], ambos concernientes también a Turquía.

37. En el caso *Velikova versus Bulgaria* (Sentencia del 04.10.2000), la Corte Europea volvió a declarar una violación del artículo 2 de la Convención (derecho a la vida) por falta de una "investigación efectiva" de la muerte de la víctima[34]; la Corte ponderó que

> "(...) the right to life ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention. In the light of the importance of the protection afforded by Article 2, the Court must subject to the most careful scrutiny complaints about deprivation of life"[35].

38. En el caso *Nachova y Otros versus Bulgaria* (Sentencia del 26.02.2004), la Corte Europea, al determinar la violación del artículo 2 de la Convención Europea (juntamente con el artículo 14), reafirmó el carácter fundamental del derecho inderogable a la vida (bajo el artículo 2 de la Convención), y agregó que

> "The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings also requires that Article 2 be interpreted so as to make its safeguards practical and effective"[36].

39. Los dos tribunales internacionales (Cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos han, pues, procedido a una construcción jurisprudencial del derecho a la vida, a partir de la reiterada afirmación de su carácter fundamental, en el sentido sea de reconocer su amplio contenido normativo o material, sea en el sentido de circundar dicho derecho de todas las providencias - en cuanto tanto a la prevención así como a la investigación - tendientes a maximizar su protección. Cabe proseguir decididamente en esta dirección.

e) Conclusión.

40. En mi Voto Concurrente en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia sobre el fondo y reparaciones, del 28.02.2003), me permití recordar que

---

[31]. CtEDH, petición n. 22492/93, caso *Kiliç versus Turquía*, párr. 77.

[32]. CtEDH, petición n. 22535/93, caso *Mahmut Kaya versus Turquía*, párr. 101.

[33]. CtEDH, peticiones ns. 22947/93 y 22948/93, caso *Akkoç versus Turquía*, párr. 94.

[34]. CtEDH, petición n. 41488/98, caso *Velikoca versus Bulgaria*, párr. 84.

[35]. *Ibid*., párr. 68.

[36]. CtEDH, peticiones ns. 43577/98 y 43579/98, caso *Nachova y Otros versus Bulgaria*, párr. 92, y cf. párr. 175.

> "(...) La Corte [Interamericana] se ha movido conscientemente en la dirección correcta, en el ejercicio de una facultad que le es inherente, y tomando tanto la Convención Americana como sus *interna corporis* como instrumentos vivos, que requieren una interpretación *evolutiva* (como señalado en su *jurisprudence constante*)[37], para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano" (párr. 16).

41. La Corte Interamericana, en la línea de su interpretación evolutiva de la Convención Americana[38], no podía eximirse, como lo hizo en la presente Sentencia, de

---

[37]. Cf., en este sentido, los *obiter dicta in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), 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; CtIADH, 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 Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 9-11; CtIADH, caso de los *"Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), Sentencia (sobre el fondo) del 19.11.1999, párrs. 193-194; CtIADH, caso *Cantoral Benavides versus Perú*, Sentencia (sobre el fondo) del 18.08.2000, párrs. 99 y 102-103; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre el fondo) del 25.11.2000, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 34-38; CtIADH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, Sentencia (sobre el fondo y reparaciones) del 31.08.2001, párrs. 148-149; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre reparaciones) del 22.02.2002, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 3.

[38]. Evidenciada sobre todo, con tanto énfasis, en sus tres históricas y pioneras Opiniones Consultivas ns. 16, 17 y 18, sobre, respectivamente, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (OC-16/99, del 01.10.1999, Serie A, n. 16, párrs. 32, 34, 36 y 42); *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (OC-17/02, del 28.08.2002, Serie A, n. 17, párrs. 20-22); y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (OC-18/03, del 17.09.2003, Serie A, n. 18, párrs. 54 y 120). Y evidenciada asimismo en sus Sentencias en los casos de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros versus Guatemala)*, Sentencia del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párrs. 192, 193 y 194; de *Cantoral Benavides versus Perú* Sentencia del 18.08.2000, Serie C, n. 69, párrs. 98, 100 y 101; de *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia del 25.11.2000, párrs. 126, 157 y 209; de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú*, Sentencia del 08.07.2004, Serie C, n. 110, párrs. 165 y 166; del *"Instituto*

proceder a la necesaria construcción jurisprudencial a que me referí anteriormente. No veo, en suma, cómo eludir la constatación por esta Corte de que el Estado demandado ha violado el derecho a la identidad (con sus componentes consagrados en los artículos 18 y 17 de la Convención Americana, *supra*, sobre los derechos al nombre y a la protección de la familia), en relación con el artículo 1(1) de la Convención, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, por no haber determinado el paradero de las dos hermanas desaparecidas hasta la fecha, restablecido sus nombres y vínculos familiares.

42. No veo, además, cómo eludir la constatación por esta Corte de que el Estado demandado ha lesionado los derechos del niño (artículo 19 de la Convención), en combinación con el artículo 1(1), en perjuicio de Erlinda Serrano Cruz, quien no había completado 18 años al momento de la aceptación por el El Salvador de la competencia de esta Corte en materia contenciosa. Y tampoco veo, asimismo, como eludir la reafirmación por esta Corte del derecho a la vida en su amplia dimensión, significando el derecho a una vida digna, no respetado por el Estado demandado en perjuicio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, desaparecidas hasta la fecha. Sólo me resta esperar que la presente Sentencia sobre el fondo y reparaciones, y la anterior Sentencia sobre excepciones preliminares, en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, no sean más que una piedra en el camino, y que muy pronto retome la Corte Interamericana la línea de su interpretación evolutiva y su jurisprudencia emancipadora de la persona humana de la última media-década, - que la ha situado en la vanguardia de la protección internacional de los derechos humanos.

III. La Subsistencia de la Responsabilidad Estatal ante la Jurisdicción Autolimitada de la Corte.

43. Hay una última cuestión, también de gran importancia, a examinar en el presente Voto Disidente. Aunque la Corte Interamericana, por una decisión a mi juicio equivocada, se haya autolimitado, a punto de privarse de cualquier consideración sobre la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, la cual persiste hasta la fecha, subsiste la responsabilidad del Estado demandado por los hechos probados en el presente caso. Como lo que señalé en algunos de mis Votos anteriores en esta Corte parece haberse disipado en los vientos de la erosión del tiempo, como si más no fuera que un diálogo mío con los pájaros (lo que sería ciertamente aún más gratificante), me permito aquí rescatar del aparente *oblivion* mis ponderaciones de casi una década atrás.

44. Lo hago sabiendo que a lo mejor no serán tomadas en cuenta por nadie, en un mundo post-moderno, que cultiva la "realidad virtual", en el cual, cada vez más, tanto se discute y tan poco se lee, mucho se habla y tan poco se piensa. Lo hago, aunque sea para la atención de los pájaros, porque, como el rinoceronte de Ionesco, *je ne capitule pas*, - aún en un mundo en que las energías de los cultores del Derecho de la post-modernidad parecen ser casi enteramente consumidas por reuniones y seminarios interminables[39], y por pantallas de computadoras apresuradas y frenéticas, y no por la compañía silenciosa, tranquila, solidaria y aclaradora de los libros, que invita a la reflexión. Lo hago, en suma, movido por un sentimiento de deber como Juez de esta

---

de Reeducación del Menor" versus Paraguay, Sentencia del 02.09.2004, Serie C, n. 112, párr. 148; de *Tibi versus Ecuador*, Sentencia del 07.09.2004, Serie C, n. 114, párr. 144; entre otros.

[39]. Para no decir insoportables.

Corte.

45. Tal como señalé en mi Voto Disidente (párrafo 24 n. 19) en el caso *Genie Lacayo versus Nicaragua* (Resolución de la Corte sobre la solicitud de revisión de Sentencia, del 13.09.1997), así como en mi Voto Razonado (párrs. 32-36) en el caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, del 24.01.1998), entiendo que es a partir del momento de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o adhesión a ella, que el nuevo Estado Parte se compromete a respetar todos los derechos protegidos por la Convención Americana y a garantizar su libre y pleno ejercicio (a comenzar por el derecho fundamental a la vida). La aceptación, por tal Estado, de la competencia obligatoria de la Corte en materia contenciosa se refiere solamente a la vía judicial de solución, por la Corte, de un caso concreto de derechos humanos.

46. Aunque la Corte sólo pueda pronunciarse sobre el caso a partir de dicha aceptación de su competencia por el Estado, en los términos del artículo 62 de la Convención, esto no exime el Estado de su responsabilidad por violaciones de los derechos consagrados en la Convención, a partir del momento en que se tornó Parte en ésta. Aunque la Corte no pueda pronunciarse sobre un caso antes de la aceptación de su competencia contenciosa (una cuestión de *jurisdicción*), subsisten sin embargo las obligaciones convencionales del Estado Parte, por él contraídas desde el momento de su ratificación de la Convención, o adhesión a ella (una cuestión de *responsabilidad internacional*).

47. Así, el momento a partir del cual El Salvador se comprometió a proteger la totalidad de los derechos consagrados en la Convención Americana, a empezar por el derecho fundamental a una vida digna y el derecho a la integridad personal (artículos 4 y 5), fue el momento de su ratificación de la Convención, el 23 de junio de 1978, - antes, por lo tanto, de todo lo ocurrido durante el conflicto armado salvadoreño (1980-1991). El momento posterior de su aceptación de la competencia de la Corte en materia contenciosa, el 06 de junio de 1995, condicionaría tan sólo la vía judicial de solución de un caso concreto bajo la Convención, en los términos de su artículo 62.

48. Pero en ninguna hipótesis la condicionaría en virtud de una restricción impuesta por el Estado no prevista en el artículo 62 de la Convención, y aún menos si pretendiera abarcar - como lo hizo - hechos o actos cuyo "principio de ejecución" es anterior a la fecha de reconocimiento por el Estado de competencia de la Corte en materia contenciosa y *que se prolongan con posterioridad* a dicha fecha *hasta el presente*. Esta hipótesis simplemente no existe bajo la Convención Americana, ni tampoco bajo el derecho de los tratados, aplicado desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana.

49. No hay que confundir la cuestión de la invocación de la *responsabilidad* por el cumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado Parte con la cuestión de la *sumisión* de éste (aún más en términos a mi juicio inaceptables) a la *jurisdicción* de la Corte. Una y otra se tornan posibles en momentos distintos: la primera, de orden sustantivo o material, a partir de la ratificación de la Convención por el Estado (o su adhesión a ésta), y la segunda, de orden jurisdiccional, a partir de la aceptación de la competencia de la Corte en materia contenciosa. Todo y cualquier Estado Parte en la Convención, aunque no haya reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte, o la haya reconocido con limitaciones *ratione temporis*, permanece obligado por las disposiciones de la Convención desde el momento de su ratificación de esta última, o de su adhesión a la misma.

50. Aunque no haya querido la mayoría de la Corte pronunciarse sobre todos los derechos lesionados en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz* en razón de la "limitación híbrida" *ratione temporis* y *ratione materiae* de su competencia, nada le impedía señalar que el Estado demandado en el *cas d'espèce*, así como todos los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están obligados por la totalidad de los derechos protegidos, desde la fecha de la ratificación de la Convención o adhesión a la misma.

51. A pesar del silencio de la Corte sobre, por ejemplo, los derechos a la vida, al nombre, a la protección de la familia, y los derechos del niño, - subsisten, sobre todos éstos derechos, las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe* n. 37/03 de 04.03.2003 acerca del presente caso[40]. Siendo la Comisión un órgano competente junto con la Corte para "conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" (artículo 33 de la Convención Americana), éstos últimos se comprometen a atender lo aprobado en sus Informes. Siendo así, El Salvador, como Estado Parte en la Convención, sabrá ciertamente no sólo dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Sentencia de la Corte, sino también tener presentes *bona fide* las consideraciones del otro órgano de supervisión de la Convención Americana y auxiliar de la Corte, y las demás obligaciones convencionales referentes a los derechos protegidos por la Convención Americana, que advienen de su ratificación de ésta última.

IV. La Necesidad de la Jurisdicción Internacional Automáticamente Obligatoria de la Corte Interamericana.

52. La Corte Interamericana de Derechos Humanos[41] ha venido con acierto, en distintas ocasiones, imponiendo límites a los excesos del voluntarismo estatal. Para mi satisfacción, en la última media-década esta Corte ha salvaguardado la integridad del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como el primado de consideraciones de *ordre public* sobre la "voluntad" de Estados individuales. Ha, asimismo, establecido estándares más altos de comportamiento estatal y un cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por los Estados, de ese modo fortaleciendo la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal.

53. En cuanto a la base de su competencia en materia contenciosa, son ilustraciones ejemplares y elocuentes de su firme posición en defensa de la integridad del mecanismo de protección de la Convención Americana, v.g., sus Sentencias sobre competencia en los casos del *Tribunal Constitucional* y de *Ivcher Bronstein versus Perú* (1999), así como sus Sentencias sobre excepciones preliminares en los casos *Hilaire, Constantine, y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago* (2001)[42]. Lamento, sin

---

[40]. CIDH, *Informe 37/03 - Caso 12.132 (El Salvador)*, doc. OEA/Ser.L/V/II.117-Doc.43, de 04.03.2003, p. 33, y cf. pp. 19-34.

[41]. Al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos.

[42]. Al igual que las Sentencias de la Corte Europea en los casos *Belilos versus Suiza* (1988), *Loizidou versus Turquía* (excepciones preliminares, 1995), y en el caso *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc y T. Petrov-Popa versus Moldovia y la Federación Russa* (2001).

embargo, no poder decir lo mismo en relación con las decisiones de la Corte (sobre excepciones preliminares, y fondo y reparaciones) en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, - sin dejar de atreverme a alimentar la esperanza de que la Corte muy pronto retome su jurisprudencia de vanguardia en lo relativo a la base de su competencia en materia contenciosa, en defensa de la persona humana.

54. En el *cas d'espèce*, la Corte se privó de conocer toda una *situación continuada* de desaparición forzada de personas, inclusive actos *posteriores* a la aceptación de su competencia en materia contenciosa por parte del Estado demandado, al acceder a una restricción indebida interpuesta por este último (en su instrumento de aceptación), en el sentido de pretender substraer de la competencia del Tribunal todos los actos que conformen la situación continuada, siempre y cuando hayan tenido un "principio de ejecución" anterior a la referida aceptación estatal de la competencia de la Corte. La Corte cedió a los excesos del voluntarismo estatal, al aceptar una "limitación híbrida" *ratione temporis* y *ratione materiae*, no autorizada por el artículo 62 de la Convención. Lamento no poder acompañar la mayoría de la Corte en esta regresión, sobre el particular, en su jurisprudencia.

55. La noción de *situación continuada* fue conceptualizada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para los efectos de protección, - v.g., en un delito complejo y de extrema gravedad como el de desaparición forzada de personas[43], - y no para privar un tribunal internacional de derechos humanos de su jurisdicción, como ocurrió en el presente caso. La noción de *situación continuada*, que constituyó un avance normativo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la protección contra violaciones graves de los derechos humanos, fue aquí utilizada no para ampliar la jurisdicción protectora hasta el origen de tales violaciones, sino todo al revés, para substraerse el Estado demandado de dicha jurisdicción hasta el presente, privando así la Corte, - al acceder ésta a una interpretación meramente formalista, - del ejercicio y deber convencionales de protección.

56. La noción de *situación continuada*, que fomentó un avance procesal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al contribuir a la eficacia del derecho de petición individual internacional, fue en el presente caso desfigurada, al ser utilizada de modo a tornar ilusorio dicho derecho de petición. Quedaron así vulneradas, en el presente caso, precisamente las *cláusulas pétreas* - como las he siempre denominado en el seno de esta Corte[44] - de la protección internacional bajo la Convención

---

[43]. El cual, por su "extrema gravedad", es "considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima", - como lo determina el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

[44]. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo a la Justicia Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), vol. I, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 3-68.

Americana, a saber, las atinentes al derecho de petición individual internacional y a la aceptación de la competencia de la Corte en materia contenciosa. La noción de *situación continuada* fue concebida, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para proteger los seres humanos victimados, y no el Estado demandado, como sucedió surrealísticamente en el presente caso.

57. Precisamente para evitar dificultades como las surgidas en el presente caso, que podrán volver a ocurrir en casos futuros, me propuse proponer, en el *Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (2001), - que preparé por honrosa designación de mis colegas los Jueces de la Corte, - una enmienda al artículo 62 de la Convención Americana para tornar la jurisdicción de la Corte Interamericana *automáticamente obligatoria* (para todos los Estados Partes en la Convención, y sin restricciones ni declaraciones interpretativas), entre varias otras providencias[45]. Me permití recordar esta propuesta en mis Votos Razonados (párr. 39) en los casos *Hilaire, Constantine, y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago* (Sentencias sobre excepciones preliminares, del 01.09.2001), y lo reitero con aún mayor énfasis en el presente Voto Disidente.

58. Mi posición sobre esta cuestión es, en definitivo, firmemente anti-"realista". Me acuerdo de que, cuando presenté el referido *Proyecto de Protocolo* en mis sucesivos *Informes* a la Organización de los Estados Americanos (OEA), - a su Asamblea General, su Consejo Permanente y su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, - en los años de 2001, 2002 y 2003, no encontré objeción formal alguna al mismo, pero, por otro lado, nada se ha hecho hasta el presente al respecto. A lo mejor mis propuestas se disiparán también con el viento del pasar implacable y despiadado del tiempo. En su momento, mis referidas presentaciones en la OEA fueron afortunadamente siempre muy bien recibidas por las Delegaciones de los Estados miembros, pero a veces conseguía yo detectar una u otra expresión de estupefacción de parte de uno u otro Delegado (como si hubieran acabado de escuchar una propuesta de algún visitante extraterrestre), aunque portándose siempre muy atentos y cordiales conmigo.

59. Estas pocas expresiones mal disimuladas de estupefacción, a su vez, generaron en mí una mezcla de pesar y pena. En efecto, es difícil escapar de la impresión de que, a lo largo de toda la historia del Derecho, han sido los "realistas", al igual que los positivistas, los que menos han entendido la relación entre el tiempo y el Derecho. Aprisionados en su autosuficiencia simplificadora, siguen cultivando hasta hoy una visión patéticamente *estática* del ordenamiento jurídico y de los hechos sociales que busca reglamentar.

60. "Realistas" y positivistas se han mostrado ciegos al mundo de los *valores*, sumisos a las relaciones de poder y dominación, e insensibles a la ubicación de las soluciones jurídicas en el tiempo, para atender a las necesidades humanas cambiantes. "Realistas" y positivistas sólo han sabido trabajar sobre el presente; no hay que esperar de ellos una comprensión que no están capacitados a externar. Padecen de una miopía atemporal que los conlleva a seguir intentando hacer abstracción de los efectos del pasar del tiempo en la búsqueda y aplicación de las soluciones jurídicas. Son

---

[45]. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, tomo II, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-64.

esclavos del primarismo de su propio hermetismo conceptual.

61. En el presente dominio de protección, hay que acudir al instrumental del derecho internacional para fortalecer la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos, y no para debilitarla. Sólo así podremos seguir luchando para preservar la integridad del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No quisiera, mientras siga sirviendo como Juez de esta Corte, que el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tuviese el mismo fin melancólico que ha tenido el artículo 36(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)[46]. Ésto seguramente no ocurriría con mi silencio.

62. El automatismo de la jurisdicción de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una *necesidad* de la comunidad internacional en nuestra región. Para todos los que creemos en el primado del Derecho sobre la fuerza[47], trátase de una necesidad apremiante. Ya es, además, una realidad para ciertos tribunales internacionales en la actualidad, como la Corte Europea de Derechos Humanos[48], el Tribunal Penal Internacional y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. La práctica permisiva y voluntarista bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ[49] no puede, de modo alguno, servir de modelo a las actuaciones y decisiones de la Corte Interamericana. Por encima de la "voluntad" de los Estados está el Derecho, que es y debe ser igual para todos.

63. De ahí el imperativo categórico del automatismo de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, para poner fin a dificultades como la surgida en el presente caso. No hay razón alguna para que un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana acceda, como lo ha hecho la Corte de La Haya hasta la fecha en la resolución del contencioso esencialmente interestatal, a las manifestaciones extremadas del voluntarismo estatal, al aceptar restricciones indebidas formuladas por

---

[46]. Como lo expliqué con detalles en mi Voto Disidente el la anterior Sentencia de esta Corte sobre excepciones preliminares (2004) en el presente caso de las Hermanas *Serrano Cruz versus El Salvador*, así como en mis Votos Razonados en las Sentencias de esta Corte sobre excepciones preliminares (2001) en los casos *Hilaire*, *Benjamin* and *Constantine y Otros*, relativos a Trinidad y Tobago.

[47]. Cf., al respecto, v.g., A.A. Cançado Trindade y A. Martínez Moreno, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-64; A.A. Cançado Trindade y F. Vidal Ramírez, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-66.

[48]. A partir de la vigencia del Protocolo n. 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

[49]. Ya se intentó, en vano, divisar límites a los excesos del voluntarismo estatal bajo aquella disposición; cf. S.A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 1-128.

los Estados en sus instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ). La Corte Interamericana resuelve controversias de otra naturaleza, entre Estados y personas bajo sus respectivas jurisdicciones, y si procedemos con la misma lógica del contencioso interestatal ante la CIJ, estaremos privando a tales personas de la protección a que tienen derecho bajo la Convención Americana.

64. En virtud del principio *ut res magis valeat quam pereat*, el cual corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), que cuenta con amplio respaldo jurisprudencial, los Estados Partes en tratados de derechos humanos deben asegurar a las disposiciones convencionales los efectos apropiados a nivel de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Tal principio se aplica, en mi entender, no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (i.e., las atinentes a los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, en particular las referentes al derecho de petición individual internacional y a la aceptación de la competencia de los órganos judiciales internacionales de protección en materia contenciosa, - o sea, las *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos.

65. Tales normas convencionales, esenciales a la eficacia del propio sistema de protección internacional como un todo, deben ser interpretadas y aplicadas de modo a tornar sus salvaguardias verdaderamente prácticas y eficaces, tomando en cuenta el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación mediante la garantía colectiva. Tenemos el privilegio de estar involucrados en el gratificante proceso histórico de emancipación de la persona humana *vis-à-vis* su propio Estado, y tenemos que actuar en conformidad con esta alta misión.

66. Tenemos que ir más allá de la sola solución de casos concretos, y además revelar cual es el Derecho, e, imbuidos de este espíritu, indicar cómo puede evolucionar el sistema de protección para atender a las crecientes y cambiantes necesidades de protección de la persona humana. Un caso como el presente hubiera sido una oportunidad única para la Corte así hacerlo; como no lo ha hecho, me permito dejar constancia de mis reflexiones personales en ese Voto Disidente, en la esperanza de que quizás sirvan para algo más que mi imaginado diálogo con los pájaros.

V. Epílogo: El Tiempo y el Derecho, el Desafío de Siempre.

67. No podría concluir este Voto Disidente en el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz* sin referirme a mi última inquietud. El tiempo, o más precisamente el pasar del tiempo, es el mayor enigma de la existencia humana. Ha ocupado el pensamiento humano en toda su historia. Está circundado de misterio, que ha suscitado la búsqueda de sentido por parte de sucesivos pensadores que lo han abordado, con elocuentes formas de expresión, en los más distintos momentos históricos, - tal como ejemplificado por las penetrantes palabras al respecto de, v.g., Platón en sus *Diálogos*, Séneca en sus *Cartas a Lucilius*, San Agustín en sus *Confesiones*, Marcel Proust en su *En Búsqueda del Tiempo Perdido*, Jorge Luis Borges en su *Historia de la Eternidad* y su *Elogio de la Sombra*, entre tantos otros. Sin embargo, sospecho que nadie pueda decir con seguridad que ha aprendido a hacer frente al pasar del tiempo.

68. Sabemos, por ejemplo, que el tiempo cronológico no es el tiempo biológico, que el tiempo biológico no es el tiempo psicológico, que el tiempo digital no es el tiempo existencial. Sabemos, además, que el tiempo es distinto para cada edad, que el tiempo de los niños (que viven el instante) no es el tiempo de los adultos (que viven los días),

y que el tiempo de los adultos no es el tiempo de los ancianos (que viven su historia). Sabemos que el tiempo, que regala a los niños su inocencia, termina por conceder a los ancianos las lecciones de su propia experiencia. Pero ¿quien puede decir con seguridad que sabe hacer frente al pasar del tiempo?

69. El pasar del tiempo ha igualmente desafiado la ciencia jurídica, como lo he señalado en varios de mis Votos en esta Corte, y en mis libros[50]. La complejidad de la relación entre el tiempo y el Derecho viene de ser ilustrada por las dificultades encontradas por la Corte para resolver el presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*. Sospecho que la ciencia jurídica, a pesar de todos sus esfuerzos en el último siglo (divisando, por ejemplo, el principio del derecho intertemporal[51]), tampoco ha aprendido a hacer frente al pasar del tiempo.

70. Como lo he señalado en mi Voto Razonado en el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, 1998),

---

[50]. Cf., sobre el tiempo y el derecho, A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 3-6; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 336-338.

[51]. Cuestión que fue examinada por el *Institut de Droit International* en sus sesiones de Roma (1973) y Wiesbaden (1975); cf. 55 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1973) pp. 33, 27, 37, 48, 50, 86, 108 y 114-115; 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1975) p. 536-541; y cf. M. Sorensen, "Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international – Rapport provisoire", 55 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1973) pp. 35-36. Sobre la influencia del pasar del tiempo en la continuación de las reglas del derecho internacional, cf. K. Doehring, "Die Wirkung des Zeitablaufs auf den Bestand völkerrechtlicher Regeln", *Jahrbuch 1964 der Max-Planck-Gesellschaft*, Heidelberg, 1964, pp. 70-89. Sobre el tiempo y los tratados, cf. G.E. do Nascimento e Silva, "Le facteur temps et les traités", 154 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1977) p. 221-295. Sobre el tiempo y el contencioso internacional, cf. S. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice,* Leyden, Sijthoff, 1960, pp. 11-75; A.A. Cançado Trindade, "The Time Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) pp. 232-257. Y cf., en general, v.g, E. McWhinney, "The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law", *in Essays in International Law in Honour of Judge M. Lachs* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Nijhoff, 1984, pp. 184-199; M. Chemillier-Gendreau, "Le rôle du temps dans la formation du droit international", *in Droit international - III* (ed. P. Weil), Paris, Pédone, 1987, pp. 25-28.

> "El tiempo de los seres humanos ciertamente no es el tiempo de los astros, en más de un sentido. El tiempo de los astros (...), además de misterio insondable que siempre ha acompañado la existencia humana desde el inicio hasta su final, es indiferente a las soluciones jurídicas divisadas por la mente humana; y el tiempo de los seres humanos, aplicado a sus soluciones jurídicas como elemento integrante de las mismas, no raramente conlleva a situaciones que desafían su propia lógica jurídica, - como lo ilustra el presente caso *Blake*. Un determinado aspecto, sin embargo, parece sugerir un único punto de contacto, o denominador común, entre ellos: el tiempo de los astros es inexorable; el de los seres humanos, a pesar de tan sólo convencional, es, como el de los astros, implacable, - como también lo demuestra el presente caso *Blake*" (párr. 6).

71. También lo viene de demostrar, trascurridos ocho años, el resultado del presente caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, quizás de modo aún más elocuente (si no alarmante), pues la solución del mismo (en cuanto al fondo) encontrada por la Corte, de la cual discrepo, desafía con aún mayor fuerza su propia lógica jurídica. Estamos todavía en los primordios del tratamiento dado por la ciencia jurídica a la difícil relación entre el tiempo y el Derecho.

72. La dimensión temporal marca presencia igualmente en la parte de la presente Sentencia atinente a las reparaciones no-pecuniarias, con la cual he estado de acuerdo. El punto resolutivo n. 10, v.g., la ilustra claramente, al determinar con acierto que el Estado demandado debe designar un día dedicado a las niñas y los niños que, por diversos motivos, desaparecieron durante el conflicto armado salvadoreño. No hay olvido, el tiempo impregna la historia de todos y de cada uno de memoria. Me permito aquí reiterar lo que señalé, al respecto, en mi Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, relativo a Guatemala (Sentencia sobre el fondo, del 29.04.2004):

> "La memoria es duradera, resiste a la erosión del tiempo, resurge de las profundidades y tinieblas del sufrimiento humano, pues los caminos del pasado ya fueron trazados y debidamente recorridos, ya son conocidos, y permanecen inolvidables. (...)" (párr. 41).

73. Efectivamente no hay olvido, no puede haber olvido. Las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, que permanecen desaparecidas desde el día 02 de junio de 1982 hasta la fecha, siguen presentes en la memoria de sus seres queridos, y su drama está ahora consignado en los anales de la jurisprudencia internacional de derechos humanos. No hay olvido. En *À la recherche du temps perdu*, un clásico literario sobre el pasar del tiempo, M. Proust sugiere, con sutileza y sofisticación, que la memoria, aunque espontánea, es un abrigo contra el pasar del tiempo, una salvaguardia contra el olvido y la indiferencia; el recuerdo, inescapable, aunque involuntario, es un medio de evadirse uno del desvanecimiento del pasar del tiempo.

74. Al fin y al cabo, la memoria es un medio de resistencia a la transitoriedad de la existencia humana. Los Estados que buscan olvidarse, e imponer el olvido, de los abusos perpetrados en el pasado, terminan por causar un daño adicional a su propia gente. Los Estados que buscan reducir, *ratione temporis* y *ratione materiae*, el alcance de la jurisdicción (*juris dictio*) de un tribunal internacional de derechos humanos como esta Corte, terminan por perjudicar a su propia gente, y obstaculizar los avances del derecho internacional, el derecho de gentes, en materia jurisdiccional. Y los tribunales internacionales que acceden a los excesos del voluntarismo estatal terminan por dejar de ejercer plenamente su función y su deber de protección.

75. De todos modos, en el *cas d'espèce*, la designación de un día dedicado a la memoria de las niñas y los niños desaparecidos durante el conflicto armado salvadoreño es un ejemplo de la reacción del Derecho a los efectos del pasar del tiempo, pues no puede haber olvido. La memoria colectiva también ayudará a reconocer el sufrimiento de todo el pueblo salvadoreño, y en particular a reivindicar las niñas y los niños que perdieron prematuramente su inocencia y su identidad (y algunos su propia vida), victimados por el ritual milenar de violencia humana descontrolada, descrito con perenne actualidad en la *Ilíada* de Homero, - sacrificados en conflictos armados propios de la carrera brutalizada y desesperada de los combatientes hacia la nada.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario