

La humanización del Derecho Internacional, *jus cogens* y el acceso a la justicia: aportes del juez Cançado Trindade

*Manuel E. Ventura Robles**

*Olger Ignacio González Espinoza***

El Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade ha sido el juez más conocido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en América y en Europa, no solamente por sus conocimientos de Derecho Internacional y enorme cantidad de publicaciones, que fueron cientos, sino también por sus numerosas conferencias, que daba tanto en portugués, su lengua natal, como en español, inglés o francés, los cuatro idiomas oficiales de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”).

Su estima era generalizada y era respetado entre colegas y estudiantes en muy diversos países, por lo que su fallecimiento

* Ex Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica (2019-2020). Fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos períodos (2004 a 2015), su Vicepresidente (2012-2013), su Secretario y su Secretario adjunto (1979 a 2003). Tiene ochenta publicaciones sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica.

** Consultor nacional e internacional. Ex Embajador alterno de Costa Rica ante la OEA (2019-2021). Fue abogado *senior* (coordinador), abogado *junior* y asistente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000-2019). Máster Europeo en Derechos Humanos y Democratización (Italia y Francia) y Licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica, entre otros. Profesor invitado en varias instituciones y universidades americanas y europeas.

es una pérdida para la comunidad internacional y el gremio de internacionalistas en todo el mundo, que conocían y admiraban sus famosos votos razonados, tanto en la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) como en la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la que dejó siendo juez en su segundo mandato.

Tal vez ningún juez de la Corte Interamericana se preparó tanto para llegar a la judicatura como el Juez Caçado Trindade. Mientras cursaba su doctorado en la Universidad de Cambridge, Reino Unido, donde presentó la tesis doctoral más extensa en la historia de la Universidad, empezó a destacarse en el tema del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional, por el que fue mundialmente conocido.

Para nosotros, autores de esta pequeña contribución, fue un honor compartir escenarios judiciales y académicos con don Antônio; aprender de su sabiduría y sentido del humor; dar algunas –silenciosas– batallas jurídicas y políticas juntos y, principalmente, contar con su amistad. Su partida ha sido un duro golpe para quienes le apreciamos, en su compleja y profunda humanidad, y ahora le extrañamos.

Al reconocer esta iniciativa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos por dedicar un número de su histórica revista, y al agradecer su invitación, decidimos enfocarnos en destacar algunos aportes del gran jurista al Derecho Internacional: su “humanización” y el acceso a la justicia como derecho humano, reflejado en su negativa al uso del “margen de apreciación” y en el “test de vulnerabilidad humana”.

La humanización del Derecho Internacional y el *jus cogens*

En tanto el Derecho es un producto humano, podría pensarse que utilizar el término “humanización” de una de sus ramas sería impropio o, al menos, una mera redundancia. El Juez lo planteaba como un proceso evolutivo de aplicación e interpretación del Derecho, en línea con su adscripción al iusnaturalismo y su furibunda crítica al positivismo. Consideraba que la ciencia jurídica contemporánea llegó a admitir que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas acompañan la evolución del tiempo, lo que se expresa por ejemplo en la necesaria interpretación dinámica o evolutiva de los tratados como signo particularmente importante de la jurisprudencia internacional en derechos humanos.

Cuando la Corte emitió su Opinión Consultiva OC-16, sobre el derecho de asistencia consular¹, en su voto concurrente el Juez recordó la “*revuelta del Derecho contra los códigos*” en el plano del derecho privado a mediados del siglo XX (reflejada en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Marckx versus Bélgica* de 1979), así como en el derecho procesal. Consideró que, en el derecho internacional se pasó a estudiar el “derecho *intertemporal*” y se hizo evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales en los nuevos tiempos. Con el ejemplo del proceso histórico de la descolonización, desencadenado por la consolidación del derecho de autodeterminación de los pueblos y decisivamente impulsado por la propia evolución del derecho internacional contemporáneo, el Juez recordó el célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión*

1 Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Voto del Juez Cançado Trindade.

Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, “no eran estáticos sino por definición evolutivos”. La CIJ consideró que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación”².

Argumentaba el Juez en dicho voto que el Derecho Internacional se encontraba en “un proceso de humanización”, profundamente transformado por el reconocimiento de los derechos humanos universales, lo que constituye el fundamento mismo del ordenamiento jurídico, en los planos internacional y nacional:

Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional al destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central –como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*– de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas [...] con la complacencia del positivismo jurídico [...]

Así, ese nuevo *jus gentium*, “el Derecho Internacional para la Humanidad”, se nutre de la construcción doctrinal y jurisprudencial del *jus cogens*, al cual subyace el pensamiento jusnaturalista. Sus normas perentorias van más allá del derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado y a todo el *corpus juris* del Derecho

2 Cfr. *International Court of Justice, Advisory Opinion on Namibia, ICJ Reports* (1971) pp. 31-32, párr. 53.

Internacional contemporáneo, inclusive sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con aquél³.

Años después, ya como juez de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ”), la vida le permitiría retomar su pensamiento en múltiples ocasiones. El caso *Jadhav (India versus Pakistan)*⁴ le serviría para reforzar, en su *Separate Opinion*, múltiples ideas emitidas tanto por la Corte IDH como por él en la OC-16 y en la OC-18 de 2003, que consideran que el principio de igualdad y no discriminación había entrado al dominio del *jus cogens*. Criticaba el hecho de que tales opiniones consultivas de la Corte IDH, pioneras en la materia, no fuesen tomadas en cuenta por la CIJ en las sentencias dictadas en los conocidos casos *LaGrand (Germany versus United States)* (2001) y *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico versus United States)* (2004). El Juez consideró que la evolución jurisprudencial habría permitido a la CIJ –y ésta debía– tomar en cuenta la interrelación, sostenida por la Corte IDH, entre el derecho a la asistencia consular (reconocido en la Convención de Viena específica) y el derecho humano al debido proceso, que no pueden considerarse disociados.

En el caso *Jadhav*, la aplicabilidad de dichos precedentes fue discutida por las partes, a pesar de lo cual la CIJ consideró que no necesitaba entrar la cuestión de si los derechos contenidos en la Convención de Viena son derechos humanos. Además, al tratarse también de casos de aplicación de la pena de muerte, el Juez señaló que la CIJ se pronunció de manera particularmente insuficiente sobre la efectividad de los recursos internos en ese

3 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181. Voto del Juez Cañado Trindade, párr. 155.

4 ICJ, *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 418. *Separate opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 34, 38 and 42.*

tipo de casos. El Juez llamaba entonces a fortalecer el llamado *cross-fertilization* entre tribunales internacionales, sobre la base precisamente de la humanización del Derecho Internacional:

The contemporary international legal order counts on, and is benefited by, the coexistence of international tribunals. [...] International tribunals have identified the need of, and have become used to, taking into account the relevant case-law of each other; in this way, they have been contributing to a harmoniously progressive development of international law. [...] Although their jurisdictions are distinct, they have a common mission of realization of justice. In the accomplishment of this common mission, they foster the prevalence of a universal law of nations, and a growing compliance with the rule of law (état de Droit). [...]

Acceso a la justicia

El Juez fue parte siempre de una comprometida lucha por la consolidación y expansión del acceso a la justicia como derecho humano, al punto de haberla considerado como parte del *jus cogens* y, efectivamente, influenció a la Corte IDH para así reconocerlo. Generó a sus teorías aplicaciones y efectos muy prácticos, tanto en lo procesal como en lo sustantivo.

En lo procesal: las personas como sujetos de Derecho Internacional

En uno de sus primeros votos razonados como miembro de la Corte IDH, en el año 1996 en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*⁵,

5 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25. Voto del Juez Cançado Trindade, párrs. 14 a 17.

el Juez anunciaba su posición sobre un tema que continuaría en discusión por años: el acceso y participación directos de las personas peticionarias a la justicia internacional. Sin confundir el hecho de que la Convención Americana, en su texto vigente, reserva la facultad de someter un caso contencioso a decisión de la Corte a la Comisión Interamericana y a los Estados Parte, señaló:

En el universo del derecho internacional de los derechos humanos, es el individuo quien alega sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones. [...] El *rationale* de mi posición [...] reside en última instancia en el propósito de asegurar el necesario equilibrio o igualdad procesal de las partes ante la Corte - es decir, entre los peticionarios demandantes y los gobiernos demandados. [...] En el presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes [...]

La Corte IDH realizó una modificación histórica de su Reglamento en los años 1996 y 2000, gracias al aporte fundamental del Juez a niveles jurídico y político para institucionalizar la figura del *locus standi in judicio*. Se generó así una nueva dinámica en el litigio interamericano –primero en la fase de reparaciones y luego en todo el procedimiento– que continúa vigente, con la *litis* propiamente entre la parte peticionaria (presuntas víctimas) y el Estado y la Comisión con un rol menos activo, como guardiana de los “intereses públicos” del Sistema y de la correcta aplicación de la Convención Americana.

En su último voto como juez de la CorteIDH (*infra*), señaló su preocupación –que calificó como “un tanto ambiciosa”– porque el Sistema Interamericano evolucionara hacia el reconocimiento del *jus standi* propiamente, concediendo el acceso directo de los peticionarios a la Corte IDH, por la vía de un protocolo de reformas a la Convención. El Juez se fue sin ver este cambio. El tiempo dirá si tal cambio es necesario.

En lo sustantivo: acceso a la justicia como *jus cogens*

En múltiples votos razonados, el Juez argumentó que el *jus cogens* abarcaba el derecho de acceso a la justicia⁶. En relación con ello, planteaba férreamente que este derecho estaba reconocido en una interpretación hermenéutica de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana y, en consecuencia, cualquier violación del acceso a la justicia o del debido proceso *lato sensu* implicaba necesariamente la violación de esas normas en conjunto. Su preocupación se centraba en que los Estados garantizaran no solamente el acceso formal a la justicia en el plano del derecho interno, sino también la propia realización de la justicia material, abarcando la totalidad de los requisitos procesales que deben ser observados para que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del poder estatal que pueda afectar sus derechos⁷. En efecto, mientras

6 *E.g.*, sus votos en los casos de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala; Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Tibi vs. Ecuador; Caesar vs. Trinidad y Tobago; Yatama vs. Nicaragua; Acosta Calderón vs. Ecuador; Masacres de Ituango vs. Colombia, entre otros.

7 “La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (...) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia, entendido como la plena realización de la misma [...]. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho

él estuvo en la Corte, esa fue la práctica de ésta, inclusive años después.

Su posición podría explicarse, más allá de sus concepciones, también por la naturaleza de los casos que usualmente decidía el Tribunal en esas épocas, a saber: gravísimas violaciones de derechos humanos, situaciones de conflicto armado no internacional, crímenes contra la humanidad, casos de justicia transicional, que usualmente conllevaban absolutas y aberrantes formas de denegación de justicia. Fue en ese tipo de casos, de violaciones de normas de *jus cogens*, que el Juez planteó más insistentemente dicho entendimiento⁸.

El Juez fue duro en señalar que tal interpretación “no admite retrocesos [y si éstos llegan] a ocurrir en el futuro, los responsables por eventuales retrocesos tendrán que responder,

Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones erga omnes de protección”. Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto del Juez Cañado Trindade, párrs. 64 y 140.

- 8 Consideraba en esto el rol central de la célebre *cláusula Martens*, originalmente incluida en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 y de la IV Convención de La Haya de 1907, ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y cuyo propósito era extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aun si no estaban contempladas por las normas convencionales. Argumentaba el Juez que las “leyes de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”, invocadas por la *cláusula Martens*, recaen en el dominio del *jus cogens*, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones, y son expresión de la razón de la humanidad que impone límites a la razón de Estado (*raison d’État*) A. A. Cañado Trindade, “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI* (de A.A. Cañado Trindade y J. Ruiz de Santiago), 1a. ed., ACNUR, San José de Costa Rica, 2001, pp. 19-78, esp. pp. 58-78.

por sus alteraciones impensadas o infundadas, ante la historia del sistema interamericano⁹. Sin embargo, la experiencia de años siguientes fue demostrando la necesidad de considerar numerosas situaciones particulares bajo una u otra norma. En múltiples casos, la Corte ha analizado alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención de manera separada o diferenciada, particularmente en el análisis de efectividad y rapidez en el recurso de amparo en varios Estados únicamente bajo el artículo 25 del tratado¹⁰. Eso ha permitido comprender mejor las garantías más específicas aplicables a ese tipo de recursos, en línea con lo establecido por el propio Tribunal desde 1987 en vía consultiva¹¹.

Así, podemos considerar que, en realidad, la posición del Juez no era excluyente con ese tipo de análisis diferenciado, pues, en definitiva, son la amplia mayoría de casos en que el Tribunal ha mantenido el análisis conjunto cuando se trataba de violaciones complejas al derecho de acceso a la justicia.

9 Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *supra*, párr. 141 del Voto.

10 En el caso *Granier y otros vs. Venezuela*, el Tribunal consideró que la alegada demora injustificada de un recurso de amparo debía ser analizada a la luz del artículo 25 de la Convención. Cfr. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, párr. 284. En el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, la Corte desarrolló más el tema al señalar que, para evaluar la rapidez con que debe tramitarse una acción o recurso de amparo, bajo dicha norma, es necesario determinar si la autoridad judicial competente ha actuado en concordancia con las necesidades de protección del derecho que se alega violado, en atención a la naturaleza de la situación jurídica que se alega infringida, así como a la particular situación de vulnerabilidad del accionante en relación con la posible o inminente afectación o lesión que sufriría si el recurso no es resuelto con la diligencia que la situación requiera. Cfr. Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 198.

11 Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 32; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 23.

La negación del uso del “margen de apreciación”

Fiel a su profunda preocupación por el acceso a la justicia, no es de extrañar la aversión que mostraba el Juez ante el uso de ciertos términos que, aún bastante enraizados en otros sistemas internacionales, se prestan para confusiones y eventualmente para la deslegitimación del propio sistema de derechos humanos.

A pesar de su extendido uso por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos en la resolución de determinado tipo de casos, el Juez consideró que difícilmente podía consentirse el uso de la llamada doctrina del “margen de apreciación”, pues su invocación indebida podía socavar las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y el alcance de las facultades y deberes de los órganos de protección¹².

El llamado “margen de apreciación” ha sido objeto de numerosos estudios y existe amplia doctrina al respecto. Consideraba el Juez que tal doctrina, así como la llamada “fórmula de la cuarta instancia”, son incomprensiones del principio de subsidiariedad y que su *rationale*, aún sin ser explícitamente invocada, subyace incluso cuando los órganos internacionales refieren sus soluciones finales a órganos estatales. Decía el Juez:

Such situation appears somewhat ironical, besides paradoxical, as human rights cases are entrusted to the international organs of protection precisely as a result of the insufficiencies or deficiencies of national organs in the administration of justice. Outside the realm of the rule of law, the ‘margin of

12 Cançado Trindade, Antonio A., “The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and Its Emerging Case-law on the Eve of the New Century”, in Mahoney, Paul et al. (eds.). *Protecting Human Rights: The European Perspective / Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Heymanns, Köln, 2000, p.188.

appreciation' appears as a contradictio in terminis. [...] The recourse to doctrines or formulas which in reality do not serve the purpose of strengthening the protection of human rights, and which appear devoid of meaning, has contributed to the perpetuation, in the ambit of the Inter-American regional system, of a lack of clarity as to the wide scope of the conventional duties of protection of human rights. We have to protect our labour of protection against the negative effects of the recourse to empty words or concepts.

The thesis that decisions of national tribunals and eventual defects of national legislation are domestic questions, which an international human rights tribunal cannot revise for not being and appeals tribunal [...] deprives it of its attribution to pronounce on the legislative and judicial obligations of the respondent State. Therefore, the principle that the State is responsible for the acts and omissions of all of its organs should guide the interpretation of the Convention obligations, with no need to, or justification for, resorting to nebulous formulas such as those of 'margin of appreciation' or 'fourth instance'¹³.

Existen numerosas razones para considerar que la doctrina europea del “margen de apreciación” sería un producto de importación muy poco recomendable para el Sistema Interamericano¹⁴. Es muy importante mantener presente la necesidad de que los órganos interamericanos, Comisión y Corte

13 Cançado Trindade, Antonio A., “The Inter-American Court ...”, in Mahoney, Paul et al. (eds.). *Protecting Human Rights...*, *op.cit.*, p. 188.

14 *Cfr.*, al respecto, González Espinoza, Olger Ignacio. “*Elastic human rights in international regional systems? On the use of the European doctrine of the 'Margin of Appreciation' in the Inter-American System of Human Rights*”. Université Robert Schuman, Strasbourg, France. European Master's Degree on Human Rights and Democratisation, 2004.

IDH, resistan a las cíclicas (y cada vez más fuertes) presiones –y a sus propias tentaciones– para que adopten versiones manipuladas e impropias de dicha doctrina en sus decisiones. Tales presiones han provenído en años recientes de grupos de interés, con agendas revisionistas anti-derechos, disfrazadas de progresismo, e incluso de ciertos gobiernos de turno que coyunturalmente han buscado relativizar o flexibilizar los estándares de protección de derechos humanos.

Además, la propia Corte Europea ha sido clara en aplicar la doctrina en casos relativos a Estados democráticos y con poderes judiciales independientes, aspectos históricamente muy cuestionados en el continente americano. En este sentido, advirtió el Juez:

How to pretend to apply [the margin doctrine] in a regional system in which the Judiciary of so many countries suffer all kinds of pressures and intimidations? [...] How to pretend to apply it in relation to national legal orders severely questioned by their ineffectiveness in the struggle against impunity? In our suffered continent we could hardly find the basic assumption on which one has erected in the last decades the doctrine of the 'margin of appreciation' of the States as to the ways and means of compliance with their conventional human rights obligations.

El espacio de este texto no permite ahondar en el tema. No obstante, para evitar malentendidos, baste indicar que la recomendación de no importar tal doctrina no se sustenta en una alucinación o negación de un principio fundamental de todo sistema internacional de protección de derechos humanos, como lo es el principio de subsidiariedad o complementariedad. Por el contrario, es sobre la base misma de este principio que afirmamos que la importación de aquella doctrina es

sencillamente innecesaria para la función judicial y cuasi judicial. Esto es también aplicable a las jurisdicciones internas, pues lastimosamente han sido varias Cortes Supremas y Constitucionales del continente que han venido realizando aplicaciones erróneas, innecesarias o infundadas de tal doctrina.

Es a través de la ecuanimidad judicial¹⁵ y de otras herramientas de aplicación e interpretación de los tratados de derechos humanos, como el clásico “test de proporcionalidad” o la más reciente teoría del “control de convencionalidad”, que pueden resolverse los casos de maneras más claras y efectivas, en cumplimiento del deber de motivación y con pleno respeto a las estructuras internacionales y constitucionales y a los principios democráticos, de complementariedad y de no intervención.

En efecto, si bien no fue un tema que el Juez Cançado llegara a desarrollar, dejó entrever su simpatía por la teoría del “control de convencionalidad”. En una de las dos primeras sentencias en que la Corte IDH adoptó esa teoría, y comenzó a desarrollarla¹⁶,

15 Ya decía el Juez que “estudios del pasado contraponían la ‘*judicial restraint*’ a la ‘*judicial legislation*’, al referirse a la distancia entre la visión ortodoxa y la creativa, respectivamente, del ejercicio de la función judicial internacional. Considero más apropiado caracterizarlas de otro modo, como la autolimitación judicial, que considero enteramente inadecuada a un tribunal internacional de derechos humanos, y la ecuanimidad judicial, que he sostenido por tantos años en el seno de esta Corte, en búsqueda de la realización de la justicia”. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Interpretación..., *supra*, Voto del juez Cançado, párr. 42.

16 En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte utilizó por primera vez el concepto: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana”. En el caso *de los Trabajadores*

el Juez expresó su desacuerdo con la decisión del Tribunal que, si bien declaró violaciones al derecho de acceso a la justicia, hizo un *renvoi* a nivel interno para la determinación específica de las reparaciones. A la vez, destacó el control de convencionalidad:

O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control *tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto [...] El caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al *conjunto* de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia¹⁷.

Al recordar que, a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del Derecho Internacional (ésta última que consideró más significativa), el Juez señaló que:

[...] el artículo 2 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la misma, abre efectivamente la posibilidad de un “*control de convencionalidad*” [...] De ese modo, se puede alcanzar un

Cesados lo desarrolló un poco más, al señalar que eran los órganos del Poder Judicial los que deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio*, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

17 Cfr. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, supra, Voto del Juez Cañado, párr. 3.

ordre public internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La “constitucionalización” de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, *pari passu*, el *control de su convencionalidad*. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la *interacción* entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. [...] Es por eso que siempre he tenido una cierta dificultad con el puro *renvoi* de alguna cuestión pendiente ante la Corte a los órganos nacionales para la solución del diferendo, por entender que la Corte debería, siempre que posible, presentar ella misma dicha solución. [...] ¹⁸.

Sus preocupaciones por esa interacción entre los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, en procura del más amplio acceso a la justicia de las personas, continuó siempre presente en su función jurisdiccional en la CIJ.

El test de vulnerabilidad humana y los recursos internos

En el caso *Application of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD – (Ukraine vs. Russian Federation)*, el Juez coincidió con la mayoría de la CIJ que rechazó las excepciones preliminares interpuestas por Rusia¹⁹. El Juez reiteró sus razones expresadas

18 Ibid, párrs. 6 a 12.

19 ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine vs. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 558. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

anteriormente en el caso *Qatar vs. United Arab Emirates* en relación con la alegada falta de agotamiento de recursos internos por parte de Ucrania para presentar el caso ante la CIJ. Rusia planteaba que el artículo 22 de la CERD obligaba al Estado demandante (Ucrania) a agotar tanto un requisito de negociaciones previas como el procedimiento especial ante el Comité CERD, antes de pretender acceder a la CIJ, para lo cual citaba otras nueve convenciones de derechos humanos que contenían *compromissory clauses* similares.

El Juez dejó constancia, coherente con su pensamiento anterior, sobre el entendimiento que debía prevalecer cuando de tratados de derechos humanos se trataba, inclusive en jurisdicciones tradicionalmente más “voluntaristas” como la CIJ. Señaló:

the rationale of human rights conventions cannot be overlooked by the ICJ’s “mechanical and reiterated search for State consent”, continued in time and placed above the “fundamental values” underlying those conventions [...] In my understanding, human rights and values stand well above a State’s “will” or “interests” [...] and access to justice is not conditioned by any requirement of “prior negotiations.”

Moreover, from the standpoint of the justiciables, a compromissory clause such as that of Article 22 of the CERD Convention is directly related to their access to justice; the realization of justice thereunder can hardly be attained from a strict State-centered voluntarist perspective, and a recurring search for State “consent.”

[...] the realization of justice under a human rights convention like CERD can only be achieved taking due account and properly valuing the sufferings and needs of protection of the members of the victimized segments of the population [...] compromissory clauses such as that of Article 22 of the CERD Convention are directly linked to the justiciables' right of access to justice itself, under human rights treaties.

Ese razonamiento lo había externado en una resolución de medidas provisionales en el mismo caso, fase en la cual no correspondía un análisis sobre los recursos internos sino la operación de un “test de vulnerabilidad humana” en el contexto específico que se analice:

[...] I dwelt upon the importance of [provisional measures of protection] in face of the aggravated human vulnerability and defenselessness of the segments of the population affected (I.C.J. Reports 2017, pp. 164-166, paras. 21-29). As shown in the course of the proceedings, indiscriminate shelling against civilians (in eastern Ukraine) struck and damaged residential buildings, hospitals, schools, kindergartens, ambulances [...], causing physical injuries and imposing limitations on freedom of movement.

Hence the importance [...] of due consideration of the test of human vulnerability, insufficiently considered by the ICJ at that stage [...] I then deemed it fit to recall that “the CERD Convention is a core UN human rights convention intended to protect rights of the human person at intra-State

level. Accordingly, concern for the protection of vulnerable segments of the population must inform the Court's finding that the test of human vulnerability here applies, requiring provisional measures of protection" [...].

Además, el Juez nos dejó claro el *rationale* de la regla de los recursos internos en la salvaguarda internacional de los derechos humanos: “*protection and redress, rather than exhaustion*”. En el marco del contencioso interestatal, propio de los casos ante la CIJ, Ucrania alegaba que tal regla era relevante solamente cuando el Estado actuaba a favor de individuos o entidades específicas, pero no era aplicable en el contexto del caso, en que se reclamaba un amplio patrón de comportamiento del Estado demandado, que resultaba en violaciones de sus obligaciones bajo la *CERD*. Consideró entonces el Juez que era necesario distinguir la aplicabilidad de la regla cuando se trata de la protección de derechos humanos, que implica una evaluación de la efectividad de los recursos internos, de cuando se trata de la práctica diplomática de protección de nacionales en el extranjero, que se enfoca en el agotamiento de los mismos:

The local remedies rule bears witness of the interaction between international law and domestic law in the present context of protection [...] We are here before a droit de protection, with a specificity of its own, fundamentally victim-oriented, concerned with the rights of individual human beings rather than of States. Such rights are accompanied by obligations of States.

Contemporary international tribunals share the common mission of realization of justice. There is here a fundamental unity of conception and mission.

[...]

In the present case, Ukraine, instead of protecting nationals, complains of an alleged internationally wrongful act of the respondent State against it, in breach of the CERD Convention. As such, it cannot be litigated in domestic courts of another State, and the local remedies rule does not apply. Ukraine is thus correct in pointing to the impossibility of bringing such a case in the respondent State's domestic courts.

El gran jurista, también filósofo

Don Antônio defendía sus posiciones con profunda convicción, amplio conocimiento y a veces con las afiladas garras de una personalidad gentil pero fuerte y hasta testaruda, no siempre bien entendido por ello. Los errores que –como todo ser humano– pudo haber cometido, se quedan cortos *vis-à-vis* (frase que le gustaba utilizar en sus votos) sus grandes aportes. Su don de gentes fue también esencial para posicionar a la Corte Interamericana y su jurisprudencia en escenarios judiciales y académicos del mundo, cuando apenas se sabía de su existencia.

Es inolvidable cómo don Antônio dejaba entrever sus ideas o convicciones más espirituales, con su toga puesta, rayando los límites entre el juez y el filósofo, más allá del Derecho. En el *caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, funcionarios de la Policía Nacional detuvieron arbitrariamente, torturaron y asesinaron cruelmente a varios niños y adolescentes. El Juez destacó la normalización de la violencia contra habitantes de la calle, de quienes pocas veces se habla en las noticias, doblemente victimizados por su

condición de pobreza y que “no logran alcanzar la jurisdicción internacional, tampoco la nacional”. El Juez exploró la fragilidad de la condición humana y la dicotomía bien-mal:

[...] Los considerables avances científico-tecnológicos de nuestros tiempos han aumentado en mucho la capacidad del ser humano para hacer tanto el bien como el mal. [...] Las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y el aumento de la violencia (en sus múltiples formas) en nuestros días y en todas partes revelan que, lamentablemente, el tan pregonado progreso material (disfrutado, en realidad, por muy pocos) simplemente no se ha hecho acompañar *pari pasu* de avances concomitantes en el plano espiritual. [...] Y esto, a pesar de las alegorías visionarias de Aldous Huxley y George Orwell, sumadas a las penetrantes reflexiones de Arnold Toynbee, Ernst Cassirer y Stefan Zweig, en la primera mitad del siglo XX, y seguidas de las graves advertencias de pensadores del porte de Bertrand Russell, Karl Popper, Simone Weil, Isaiah Berlin y Giovanni Sartori, entre otros, en la segunda mitad del siglo XX. En este inicio del siglo XXI, persisten la brecha entre el egoísmo y la solidaridad humana, y el divorcio entre el conocimiento especializado y la sabiduría. Como lo revelan las recurrentes violaciones de derechos humanos con extremos de crueldad, el ser humano de la era digital y de los flujos de capitales “volátiles”, al igual que sus predecesores de las sociedades más primitivas, sigue siendo portador del germen del bien y del mal, continúa capaz de victimizar a sus semejantes en escala creciente, y permanece envuelto –al mismo tiempo– en el cosmos y el caos.

En su último voto como juez de la Corte Interamericana, en el *caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, se mostró conmovido por un hecho ocurrido entre la emisión de las sentencias de fondo y reparaciones: un grupo de manifestantes

de identidad desconocida destruyó parte del memorial “El Ojo que Llorá” en Lima, dedicado a las víctimas de la represión y violencia políticas que flagelaron al país entre 1980 y 2000. Sobre el ciclo de destrucción de la venganza privada frente al advenimiento de la justicia pública, el Juez habló sobre la memoria y la relación entre los vivos y los muertos:

Actos de vandalismo como el perpetrado contra el monumento “El Ojo que Llorá” son movidos por un odio ciego, y perpetrados en vano, pues no alcanzan el objetivo nefasto que persiguen, el de borrar la memoria de las víctimas. La memoria, y el respeto por los muertos, han sobrevivido, a lo largo de la historia, al odio, a los vanos intentos de borrarlos. [...]

La memoria incomoda, y aun así hay que cultivarla. La memoria nos persigue, y aun así hay que convivir con ella. Más que esto, hay que luchar por ella. Los sentimientos de odio y de venganza son difíciles de erradicar, como se desprende de La Orestíada de Esquilo. La memoria colectiva busca, en lugar de la venganza, la realización de la justicia, en honor a los victimados. [...]

En ese mismo caso, don Antonio nos deja un mandato para toda persona que, en cualquier nivel, se dedique a tomar decisiones sobre derechos humanos, particularmente la judicatura:

El imperativo kantiano ha sido efectivamente invocado en la vindicación de distintos derechos humanos. Un ejemplo pertinente es el de las garantías del debido proceso legal. Es imperativo que un ser humano, que acude a un tribunal por considerar que sus derechos fueron lesionados, conozca las razones que motivaron la sentencia que le concierne [...] No se puede tratar a un justiciable como si fuera un simple medio en la así llamada “administración u operación de la justicia” (para mencionar una

expresión posmoderna, que me parece particularmente irritante).
[...] Sólo así la persona justiciada no se sentirá como un medio
(para la labor de otros)

* * *

Una noche, al final de la deliberación y votación de un importante caso ante la CorteIDH, don Antônio presentó un importante y –como era usual– extenso voto salvado. A la hora de levantar la mesa, el voto no aparecía. El caso debía notificarse a primera hora al día siguiente. La Secretaría de la Corte y los Jueces revisaron sus documentos, a pesar de lo cual el voto había desaparecido. Él estaba descompuesto y, ni modo, los jueces se marcharon. Al día siguiente, uno de los jueces pidió disculpas por haberse llevado el voto equivocadamente. Don Antônio confesó que había trabajado toda la noche rehaciendo el voto. El nuevo documento fue revisado letra por letra por la Secretaría y, para sorpresa de todos, era exactamente igual al anterior. Ese era uno de sus talentos excepcionales.

La lucidez del pensamiento del Juez Cançado Trindade se mantendrá vigente en la historia del Derecho Internacional. Que sus propias palabras sean nuestro “hasta luego”, nuestro “*até breve*”, al querido amigo, al querido maestro. Esas palabras de indignación ante la injusticia han sido, *inter alia*, también inspiración y derrotero en nuestra actividad profesional y, también, para la vida. Que su legado siga vivo. Dijo don Antônio:

Al fin y al cabo, el reto fundamental de la existencia de cada ser humano se resume en la búsqueda del sentido de dicha existencia; se impone, así, la reflexión, en medio a los quehaceres del cotidiano, sobre el destino de cada uno, y sobre la muerte como parte de la vida.

[...] recorreremos todos el camino de nuestras vidas inexorablemente

hasta la muerte (con la travesía hacia la eternidad), la cual restablece la igualdad de la condición existencial de todos los seres humanos. [...] Es difícil eludir la perturbadora indagación: si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? [...]

Hay efectivamente un legado espiritual de los muertos a los vivos, captado por la conciencia humana. [...] Lo que nos sobrevive es tan sólo la creación de nuestro espíritu, con el propósito de elevar la condición humana. [...] El legado espiritual de los muertos, a su vez, configúrase, en mi entender, como la expresión de la solidaridad de los que ya fallecieron con los que todavía viven, para ayudar a estos últimos a enfrentar las injusticias de este mundo, y a convivir con sus interrogantes y misterios (como los del pasar del tiempo y del destino de cada uno). Pero [...] también en sentido inverso, recíproco, de los vivos hacia sus muertos, en razón de los padecimientos que tuvieron estos últimos que sufrir antes de su travesía hacia la eternidad. Esta última expresión de solidaridad ha sido expresada, en el siglo XIX, no sin pesimismo, pero con compasión, por Arthur Schopenhauer, al recomendar que debemos desear que nuestros muertos hayan “entendido su lección” y que “la hayan aprovechado”²⁰.

Hasta siempre don Antonio. *Amicus fidelis medicamentum vitæ: (et immortalitatis)*²¹.

20 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Voto Razonado del Juez Cancado, párrs. 10, 16 y 21; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. Voto del Juez Cancado, párrs. 20 y 21.

21 “*Un amigo fiel, medicina de vida es y también de inmortalidad*”. Eclesiástico 6, 16.