EL LARGO CAMINO DE LA JUSTICIA

*Antônio A. Cançado Trindade**

RESUMEN: Se exponen y fundamentan los votos individuales de tres casos de responsabilidad del Estado por masacres, presentados ante la Corte Internacional de Justicia: violación a los derechos humanos en Chad; reclamación de Italia y Grecia a Alemania, por trabajos forzados y crímenes del Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial; y demanda por genocidio de Croacia contra Serbia. En el primer caso el voto fue razonado; en los dos últimos, disidente. Se ha defendido el principio básico de respeto a la dignidad de la persona humana, por encima de los intereses de los Estados: *raison d'humanité* sobre la *raison d'État*.

THE LONG ROAD TO JUSTICE

ABSTRACT: The individual votes of three cases on State responsibility concerning massacres promoted before the International Court of Justice are hereby argued: violations of human rights in Chad; Italy's and Greece's claims before Germany, because of forced labor and crimes of Third Reich During the Second World War; and the demand for the genocide of Croatia against Serbia. In the first case, the author's vote was reasoned; in the last two, dissident. It has defended the basic principle of respect for the dignity of the human being, beyond the interests of States: *raison d'humanité* above *raison d'Etat*.

* Juez de la Corte Internacional de Justicia, con sede en la Haya, y Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia, Brasil; así como miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; y miembro titular del *Institut de Droit International*, del Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo, y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: masacres, tortura, trabajos forzados, genocidio, Corte Internacional de Justicia, Naciones Unidas, Derechos Humanos.

KEY WORDS: massacres, torture, forced labor, genocide, International Court of Justice, United Nations, Human Rights.

RECEPCIÓN: 1 de noviembre de 2016.

APROBACIÓN: 6 de noviembre de 2016.

EL LARGO CAMINO DE LA JUSTICIA

Desde que presenté en 2011 el estudio *La responsabilidad del Estado en casos de masacres: Dificultades y avances contemporáneos en la justicia internacional*, en la Universidad de Utrecht, no han dejado de ser llevados al conocimiento de los tribunales internacionales casos de masacres. En este texto me referiré a tres de ellos, que han sido interpuestos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y juzgados por esta en los últimos cinco años (2011-2016). Me refiero a las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica vs. Senegal, fondo, Sentencia del 20.07.2012), las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania vs. Italia, con intervención de Grecia, fondo, Sentencia de la CIJ del 03.02.2012) y la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia vs. Serbia, Sentencia del 03.02.2015). En estos tres casos presenté mis extensos votos individuales, razonado en el primero y disidentes en los dos últimos.

87

1. La prohibición absoluta de la tortura y el principio de la jurisdicción universal

En su Sentencia de 2012 sobre el fondo del caso atinente a las *Cuestiones Relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar*, la CIJ estableció violaciones de los artículos 6(2) y 7(1) de la Convención de Naciones

Unidas contra la Tortura (CAT, 1984), afirmó la necesidad de tomar medidas expeditas para el cumplimiento del deber de enjuiciamiento según la Convención, además de señalar correctamente que la prohibición absoluta de la tortura es de *jus cogens* (párr. 99). En la ocasión, presenté mi voto razonado, en el cual señalé las razones que me llevaron a apoyar la mayoría de las conclusiones de la Corte, aunque avanzando un razonamiento distinto en relación con dos puntos en particular, a saber, la jurisdicción de la Corte en relación con las obligaciones en el derecho internacional consuetudinario y el tratamiento del factor temporal en la CAT.

En los planos conceptual y epistemológico, mis reflexiones se han concentrado en: *a)* la urgencia y las necesarias medidas provisionales de protección en el *cas d'espèce*; *b)* el reconocimiento de la prohibición absoluta de la tortura en el dominio del *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes partes* en la CAT; *c)* la gravedad de las violaciones de derechos humanos y la ineludible lucha contra la impunidad (en el propio Derecho de las Naciones Unidas); *e)* las obligaciones en el derecho internacional consuetudinario; y *f)* la revisión de la demora entre el tiempo de la justicia humana y el tiempo de los seres humanos (y la necesidad de hacer que el tiempo opere *pro victima*). Enseguida, procedí a refutar una interpretación regresiva de la CAT y a identificar el posible surgimiento de un nuevo capítulo en la justicia restaurativa, con atención concentrada en la relevancia de la realización de la justicia para la rehabilitación de las víctimas.

En el Informe de la Comisión de la Verdad del Chad, concluido en mayo de 1992 y publicado en 1993 (con una serie de recomendaciones), se relata el mecanismo de represión montado por el régimen de Hissène Habré en Chad (1982-1990). Las víctimas eran detenidas arbitrariamente por agentes de seguridad (la DDS) sin orden judicial ni explicaciones, en el contexto de una sucesión de ejecuciones sumarias o extrajudiciales, y matanzas. En el mismo Informe se examinaron circunstancias agravantes de la opresión del régimen de Habré, particularmente la *intencionalidad* de las atrocidades perpetradas. Los prolongados esfuerzos de las víctimas por obtener justicia (párrs. 52-61) ante

las violaciones graves del derecho internacional humanitario durante el régimen de Habré, han comprendido acciones legales ante tribunales nacionales (en Dakar y Bruselas) y solicitudes de extradición (a nivel de Estado en Bélgica y Senegal), entre otras iniciativas internacionales (como las del relator de la CAT y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como de organizaciones de la sociedad civil africana).

Es lamentable que las víctimas hayan tenido que esperar por tanto tiempo para la realización de la justicia, y aún más por tratarse de violaciones de los derechos humanos referentes a la prohibición absoluta de la tortura (artículos 5-7 de la CAT), una prohibición que ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párrs. 44-51 y 82-103). En cuanto a la alentadora afirmación de la CIJ de la prohibición absoluta de la tortura como parte del *jus cogens* (párr. 99), que apoyé con firmeza, me permití ir más lejos que la Corte en lo que percibí como la necesidad apremiante de extraer las consecuencias jurídicas, lo que la CIJ dejó de hacer. La referida prohibición, propia del *jus cogens* (párrs. 183-184), genera obligaciones *erga omnes partes* y tiene implicaciones para la lucha perenne contra la impunidad y las reparaciones debidas a las víctimas (párrs. 104-108). Los Estados Partes en la CAT tienen el interés de actuar teniendo presente la gravedad de las violaciones de la normativa de la Convención por los propios Estados Partes, como se ejemplifica en este caso en relación con la CAT.

Así, a las violaciones *graves* originales de derechos humanos ha seguido una violación adicional: la *situación continuada* de la falta de acceso a la justicia para las víctimas y la impunidad de los perpetradores de torturas (y sus cómplices). Esta situación ilegal continuada viola la CAT y el derecho internacional consuetudinario; hay que hacer que el tiempo transcurra *pro persona humana, pro victima* (párrs. 154-168 y 176). Además, según entiendo, las obligaciones de los Estados en las convenciones de derechos humanos, de prevención, investigación y sanción de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, no son simples obligaciones de conducta, sino obligaciones de resultado. Si las obligaciones correspondientes

del Estado en tal situación no fuesen de resultado, sino de mera conducta, las puertas quedarían abiertas a la impunidad.

Aquí hay que tener presentes el sufrimiento y las necesidades de las víctimas. La situación continuada de injusticia prevaleciente (párrs. 145-153) deja a las víctimas de violaciones graves (como la tortura) en un estado de indefensión, si no de desesperación. Solo mediante la justicia *lato sensu* (como cuestión de *jus cogens*) podrán las víctimas recuperar la fe en la justicia humana.¹ La realización de la justicia como forma de reparación es esencial a la rehabilitación de las víctimas. Tal rehabilitación cumple la importante función de traer a colación una idea renovada de la justicia restaurativa.

En última instancia, sobrepasamos el enfoque tradicional centrado en los Estados y atribuimos la posición central a los individuos victimados. En esta segunda década del siglo XXI, y después de una muy larga historia, el principio de la jurisdicción universal, tal como se estipula en la CAT (artículos 5(2) y 7(1)), parece inspirado por el ideal de una justicia universal, sin límites de tiempo (pasado o futuro) ni de espacio (pues es transfronterizo). Además, trasciende la dimensión interestatal, pues pretende salvaguardar no los intereses de Estados individuales, sino más bien los valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo.

2. La invocación indebida de inmunidades del Estado frente a los crímenes internacionales de sujeción a trabajos forzados y masacres

El 23 de diciembre de 2008, Alemania interpuso ante la CIJ una demanda contra Italia, alegando falta de respeto del poder judicial italiano a sus inmunidades jurisdiccionales “como Estado soberano”. El trámite del caso (2009-2012) estuvo señalado por dos incidentes procesales significativos, que resultaron en dos Ordenanzas de la CIJ, respectivamente, del 06.07.2010, sobre una demanda reconvenzional de Italia, y del

¹ Cfr: Cançado Trindade, *The access of individuals to international justice*, 2011, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-236.

04.07.2011, sobre una solicitud de intervención por parte de Grecia. En la primera Ordenanza, la CIJ rechazó sumariamente la demanda reconvenzional de Italia por “inadmisibile”, pues tenía la intención de relacionar la demanda alemana de inmunidad estatal con su propia demanda de reparaciones por crímenes de guerra.

En mi voto disidente solitario señalé que la mayoría de la Corte no tomó en cuenta la noción de “situación continuada” (de denegación de justicia) y se olvidó de que los Estados no pueden renunciar a reivindicaciones de derechos que no son los suyos, sino más bien inherentes a los seres humanos victimados, tal como el derecho a no ser deportado para ser sometido a trabajos forzados (como ocurrió en la Alemania nazi de 1943 a 1945). La inobservancia de ese derecho (entre otros derechos fundamentales) acarrea violaciones flagrantes del *jus cogens* (violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario). Advertí, asimismo, que no se puede seguir intentando mantener un orden jurídico internacional por encima del sufrimiento de las gentes. Mucho antes de la Segunda Guerra Mundial ya se sabía que la deportación para someter personas a trabajos forzados en condiciones infrahumanas y de pobreza extrema constituía un crimen internacional. Por encima de la voluntad —concluí—, está la conciencia como fuente *material* última del derecho de gentes y de todo el Derecho, con el fin de corregir la injusticia manifiesta.

En la segunda Ordenanza, del 04.07.2011, la CIJ otorgó permiso a Grecia para intervenir en el caso sin ser parte, en relación con “las decisiones de los tribunales griegos”. En mi voto razonado, respaldé la Ordenanza de la Corte, dado el interés jurídico demostrado por Grecia e inclusive dado el hecho de que Alemania, en su demanda contra Italia, invocó expresamente las sentencias de los tribunales griegos. En mi voto razonado examiné la *titularidad* de los derechos de los individuos contrapuesta a la de los Estados, y la significación de la *resurrectio* de la intervención en el presente procedimiento, a modo de trascender la visión tradicional (de cuño arbitral) centrada en los Estados y orientarla hacia un derecho internacional *universal*.

El 03.02.2012, la CIJ emitió su Sentencia en cuanto al fondo del caso, en la cual decidió, pese a las graves circunstancias del caso en sus

orígenes factuales (los crímenes del Tercer *Reich* en la Segunda Guerra Mundial, en el periodo de 1943 a 1945), que Italia violó las inmunidades soberanas de Alemania como consecuencia de las sentencias de los tribunales italianos (a favor de las víctimas, dándoles acceso a la justicia) y por posibilitar la ejecución de las decisiones de los tribunales griegos (también a favor del acceso de las víctimas a la justicia), aun tratándose de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Además, la CIJ ordenó que Italia dejara sin efecto (por medios legislativos u otros) las decisiones de sus propios tribunales y de otros (a favor del acceso de las víctimas a la justicia), para asegurar el respeto de las inmunidades soberanas de Alemania. Me vi en la obligación de presentar un extenso y contundente voto disidente.

En mi nuevo voto disidente (de la Sentencia de fondo), compuesto de 27 partes, recordé que en el curso del procedimiento ante la Corte, la propia Alemania reconoció expresamente su responsabilidad internacional por los crímenes cometidos por el Tercer *Reich* durante la Segunda Guerra Mundial. A mi entender, la tensión entre la inmunidad del Estado y el derecho a la justicia debe ser resuelta correctamente a favor de este último, particularmente en casos de crímenes internacionales. Hay que tener presentes los imperativos de la realización de la justicia, para combatir la impunidad y evitar la repetición de esos crímenes.

La prueba de la *gravedad* de las violaciones ocurridas (independientemente de quién las cometió o de si fueron en servicio de políticas de Estado criminales) elimina cualquier obstáculo a la jurisdicción en la búsqueda de la reparación que merecen los individuos victimados. A mi juicio, los Estados no pueden renunciar a derechos que no son los suyos, sino que son inherentes a los seres humanos; los intentos de “renuncia” a estos derechos por parte del Estado son contrarios al orden público internacional y están desprovistos de cualesquiera efectos jurídicos). Esto lo reconoce la propia *conciencia jurídica universal*, la fuente *material* última de todo el Derecho.²

² Cfr. Cançado Trindade, “Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 2006, núm. 1, pp. 15-36.

Al identificar —como lo he intentado en mis escritos— la fuente *material* última del Derecho en la conciencia humana, la conciencia jurídica universal (a la par de las “fuentes” formales), estamos frente a la concepción humanista que sostengo del propio derecho internacional, del derecho de gentes.³ Solo así se avanzará hacia un mundo más justo. No hay cómo hacer abstracción de los seres humanos, destinatarios últimos de las normas del derecho de gentes, titulares de derechos emanados directamente del derecho internacional. A mi entender, los seres humanos son sujetos del derecho internacional dotados de personalidad jurídica internacional: hay que tenerlo presente, inclusive en el contencioso habitual entre Estados que es propio de la CIJ. Este avance, además de alentador en la búsqueda de la *realización de la justicia* (en los planos nacional e internacional), me parece irreversible, dado el despertar de la conciencia humana de su necesidad.

A continuación, traté de demostrar que mucho antes de la Segunda Guerra Mundial la deportación para sujeción a trabajos forzados (como una forma de trabajo esclavo) ya estaba prohibida por el derecho internacional. En el plano normativo, la prohibición figuraba en la Segunda Convención de La Haya de 1907 y en la Convención de la OIT sobre Trabajo Forzado de 1930. La prohibición era reconocida en trabajos de codificación de la época, y pasó a contar con reconocimiento judicial. Del mismo modo, también el derecho a la reparación por crímenes de guerra estaba reconocido antes de la guerra, en la Cuarta Convención de La Haya de 1907.

Pasé revista a la tensión prevaleciente en la jurisprudencia nacional e internacional, entre la inmunidad del Estado y el derecho de las víctimas a obtener la justicia, dando mayor peso a este último, en la era actual del Estado de derecho en los planos nacional e internacional

³ Cfr: recientemente, Cançado Trindade, *La humanización del derecho internacional contemporáneo*, 2014, México, Porrúa, pp. XV-XVII y 1-324; Cançado Trindade, *A humanização do direito internacional*, 2015, Belo Horizonte, Del Rey, pp. 3-789; Cançado Trindade, *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, 2013, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 15-185; Cançado Trindade, *The construction of a humanized international law—A collection of individual opinions (1991-2013)*, 2014, Leiden, Brill/Nijhoff, Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. I, pp. 9-852, y vol. II pp. 853-1876; Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, 2012, París, Pédone, pp. 45-368.

(tal como lo reconoce la Asamblea General de Naciones Unidas). Asimismo, descarté la distinción tradicional y superada entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii*, como irrelevante en el presente caso. Según esa distinción, los crímenes internacionales perpetrados por el Estado (como los cometidos por el Tercer Reich en la Segunda Guerra Mundial) no son actos *jure gestionis* ni tampoco actos *jure imperii*; son crímenes *delicta imperii*, para los cuales no hay inmunidad alguna.⁴

Conviene superar el antiguo enfoque centrado estrictamente en los Estados y reconocer la presencia de la persona en el derecho de gentes,⁵ con el fin de evitar la impunidad. Por su propio origen etimológico, la inmunidad es tan solo una “prerrogativa” del Estado, la cual no puede eliminar la jurisdicción en casos de crímenes internacionales, de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en los cuales cabe la primacía a los derechos de las víctimas, inclusive contra su propio Estado. Los individuos son titulares de derechos y portadores de obligaciones que emanan *directamente* del derecho internacional. En las últimas décadas, adelantos convergentes del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados dan testimonio inequívoco. No hay inmunidades para crímenes contra la humanidad.⁶

Por consiguiente, a mi juicio, no hay inmunidades del Estado para *delicta imperii* como las masacres de civiles en situaciones de indefensión (por ejemplo, la masacre de Distomo, en Grecia, y la masacre de Civitella, en Italia, ambas en 1944), o la deportación y sujeción a trabajos forzados en la industria bélica (como en 1943-1945). Enseguida sostuve que el *derecho de acceso a la justicia lato sensu* abarca no solamente el acceso formal a la justicia (el derecho de iniciar procedimientos legales) por medio de un recurso efectivo, sino también las garantías del debido proceso legal (con la igualdad procesal en un juicio justo), hasta

⁴ Parte XV de mi voto.

⁵ Cfr: Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens. L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, 2008, París, Pédone, pp. 1-187; Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, 2012, París, Pédone, pp. 45-368.

⁶ Partes XVIII-XIX de mi voto.

la sentencia (como la *prestation juridictionnelle*), con su fiel ejecución mediante la reparación debida. La jurisprudencia internacional contemporánea —recordé— contiene elementos en este sentido, que apuntan al *jus cogens*. La propia realización de la justicia es, en sí misma, una forma de reparación que asegura la *satisfacción* a la víctima.

De ese modo, las víctimas de la opresión tienen su *derecho al Derecho* debidamente vindicado. En el propio dominio de las inmunidades del Estado —proseguí—, se han reconocido los cambios por los que ha pasado, en el sentido de restringir o descartar tales inmunidades, en caso de violaciones graves, y dado el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos, con la atención puesta en el derecho de acceso a la justicia y la responsabilidad internacional, y sostener el deber del Estado de reparar a las víctimas de violaciones como una obligación en el derecho internacional consuetudinario y conforme a un principio general fundamental de derecho.

En efecto, admitir la remoción de la inmunidad del Estado en el ámbito de las relaciones comerciales o en relación con delitos como en accidentes de tránsito, y al mismo tiempo insistir en salvaguardar los Estados con inmunidad en casos de perpetración de crímenes internacionales (marcados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario), en la aplicación de políticas (criminales) del Estado, representa, a mi entender, un verdadero absurdo jurídico. En casos de tamaña gravedad como el presente, que enfrentaba a Alemania e Italia (con la intervención de Grecia), el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* debe ser abordado poniendo la atención en su esencia, más bien como un derecho *fundamental* (como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y no a partir de “limitaciones” permisibles o implícitas (como en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos).

A mi entender, las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario corresponden a violaciones del *jus cogens*, que acarrear la responsabilidad del Estado y el derecho de reparación a las víctimas. Pasé enseguida a examinar el derecho de las víctimas a la reparación, el complemento indispensable de las violaciones graves

del derecho internacional que les causaron daños. Este *todo indisoluble*, de violaciones y reparaciones se encuentra reconocido en la *jurisprudence constante* de la propia Corte de La Haya (CPJI y CIJ), y la incidencia equivocadamente presumida de la inmunidad del Estado no puede deshacerlo.⁷

No se puede dejar sin reparación a las víctimas de las atrocidades estatales de la Alemania nazi. En estas circunstancias, la inmunidad del Estado no puede servir de obstáculo a la jurisdicción ni tampoco a la realización de la justicia. Esta última debe ser preservada, a modo de que las víctimas puedan buscar y obtener reparaciones por los crímenes que sufrieron. La *realización de la justicia* es, en efecto, *per se*, una forma de reparación (satisfacción) a las víctimas. Es la reacción del Derecho a las graves violaciones en el dominio del *jus cogens*.

En mi opinión, por medio de la *reparatio* (del término latino *reparare*, “disponer de nuevo”), el Derecho interviene para hacer cesar los efectos de sus violaciones, y asegurar que no se repitan los actos lesivos. A mi entender, no puede haber la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad del Estado en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado o la deportación de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajos forzados o esclavitud, sino que se trata de violaciones graves del *jus cogens*, para las cuales no hay inmunidades. No se puede examinar y decidir casos como este —agregué—, que revelan tales violaciones graves, sin

⁷El expediente del caso deja claro que hubo “Italian military internees” (IMI, es decir, soldados que fueron apresados y se les negó el estatus de prisioneros de guerra), que fueron enviados, junto con los civiles, a realizar trabajos forzados en la industria bélica alemana (entre 1943 y 1945). Se trata de víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que efectivamente han sido dejadas sin reparación hasta el presente (no obstante los dos acuerdos de 1961 entre Alemania e Italia). La propia Alemania ha admitido que hubo IMI que no han recibido reparación, como resultado de una interpretación (basada en el dictamen de un perito) dada a la ley alemana de 2000 sobre la Fundación Remembrance, Responsibility and Future. Los IMI que no recibieron reparación alguna sufrieron, así, a mi entender, una doble injusticia: en primer lugar, cuando hubieran podido beneficiarse del estatus de prisioneros de guerra, les fue negado; y ahora que buscan reparaciones por violaciones del derecho internacional humanitario de las que fueron víctimas (inclusive la violación de haberles negado el estatus de prisioneros de guerra), pasan a ser tratados como prisioneros de guerra, cuando ya es demasiado tarde para considerarlos como tales y, peor aún, para negarles reparación.

una cuidadosa atención a los *valores humanos fundamentales*. No se puede situar indebidamente la inmunidad del Estado por encima de su responsabilidad por crímenes internacionales y su inevitable complemento, su deber responsable de ofrecer una reparación a las víctimas.

Su omisión, como en el presente caso, va en detrimento no solamente de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sino también del propio derecho internacional contemporáneo. En suma, en mi opinión no puede haber prerrogativa o privilegio alguno de inmunidad del Estado en casos de crímenes internacionales, tales como masacres de la población civil en territorio ocupado o deportaciones de civiles y prisioneros de guerra para sujeción a trabajo esclavo: son violaciones graves de prohibiciones absolutas del *jus cogens* para las cuales no puede haber inmunidades. Concluí que el *jus cogens* se sitúa por encima de la prerrogativa o el privilegio de la inmunidad del Estado con todas las consecuencias que de ahí se desprenden, con el fin de evitar la denegación de la justicia y la impunidad.⁸

3. Caso relativo a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (2015)

El 3 de febrero de 2015, la CIJ emitió su Sentencia en el caso referido a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (de 1948), que oponía a Croacia y Serbia. Para ese entonces, habían transcurrido 16 años de trámite, desde la interposición de la demanda croata el 2 de julio de 1999.⁹ En la Sentencia de 2015, la CIJ empezó por abordar la cuestión

⁸ Cançado Trindade, *La protección de la persona humana frente a los crímenes internacionales y la invocación indebida de inmunidades estatales*, 2013, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, pp. 19-305.

⁹ Con esta última decisión, la CIJ concluyó el trabajo de resolución judicial internacional de las cuestiones llevadas a su conocimiento atinentes a las guerras en los Balcanes a lo largo de la década de 1990. Tal resolución judicial abarcó otra Sentencia (de 2007), en el caso referente a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*, que opuso a Bosnia-Herzegovina y Serbia, así como una Opinión Consultiva (de 2010) sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo*. Para una evaluación de esta Opinión Consultiva (del 22 de julio de 2010), véase Cançado Trindade, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, 2012, Santiago de

de la jurisdicción, señalando que, en su opinión, esta se limita únicamente a la Convención contra el Genocidio, de manera que no puede tomar en cuenta otras supuestas violaciones graves del derecho internacional, aunque sean obligaciones de normas perentorias (*jus cogens*) y aunque protejan valores esencialmente humanitarios y que generen obligaciones *erga omnes*. Desde su punto de vista, su jurisdicción es, pues, extremadamente limitada y tampoco se extiende a supuestas violaciones del derecho internacional *consuetudinario* relativas al genocidio, sino que se limita en exclusiva a las supuestas violaciones de las obligaciones convencionales (párrs. 84-89 y 102-105).

En su reciente Sentencia en el *cas d'espèce*, la CIJ decidió que aun los actos ocurridos antes de 27.04.1992 (sucesión de la RSFI por la RFI) caen bajo su jurisdicción para pronunciarse sobre una demanda (y sobre una demanda reconventional) como un todo. En cuanto al derecho aplicable (la Convención contra el Genocidio de 1948), la CIJ adoptó una alta exigencia para inferir el *dolus specialis* de una pauta de conducta, al estatuir que debe ser “la única inferencia que se podría hacer razonablemente” de los actos en cuestión (párrs. 143-148). Su concepción extremadamente restrictiva marcó todo su razonamiento,¹⁰ inclusive en cuanto a las cuestiones probatorias.¹¹

En cuanto al *actus reus* de genocidio (según la Convención de 1948), la CIJ señaló que no le parecía necesario examinar de forma exhaustiva

Chile, Librotecnia, pp. 397-399; Cançado Trindade, *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, 2013, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 179-180; Cançado Trindade, *El principio básico de igualdad y no discriminación: Construcción jurisprudencial*, 2013, Santiago de Chile, Librotecnia, pp. 354-485.

¹⁰ Por ejemplo, la CIJ se mostró aún más restrictiva, en el sentido de que la Convención contra el Genocidio y el derecho internacional humanitario son “dos ramos distintos de reglas que persiguen fines diferentes”, y no le cabe pronunciarse sobre la relación entre ambos (párrs. 151-153). En su argumentación, observó en cuanto a la desaparición de personas en el *cas d'espèce*, que, aunque estos crímenes “puedan causar sufrimiento psicológico”, para quedar cubiertos por el artículo II(b) de la Convención contra el Genocidio, su “sufrimiento debe ser grande, que contribuya a la destrucción física o psicológica del grupo, en todo o en parte” (párrs. 154-166).

¹¹ La CIJ rechazó cualquier posibilidad de distribución o reversión de la carga de la prueba, debiendo cada parte probar sus afirmaciones. Insistió en su opinión de que, tratándose de acusaciones de “excepcional gravedad”, como en el presente caso, todo lo que es atinente al crimen de genocidio debe ser probado de forma “enteramente conclusiva”. La CIJ lanzó dudas sobre las pruebas presentadas por el demandante (párrs. 167-199).

cada uno de los incidentes mencionados en la demanda, sino que bastaba examinar ejemplos de actos sistemáticos y vastos cometidos contra el grupo atacado. La CIJ dio por comprobados asesinatos cometidos por el ejército y las fuerzas serbias a larga escala contra el referido grupo, conformando el *actus reus* de genocidio según el artículo II(a) de la Convención de 1948 (párrs. 203-208). Lo mismo concluyó la CIJ en relación con el artículo II(b).

Sin embargo, al referirse a los parientes de personas desaparecidas, la CIJ exigió que el demandante probara (lo que a su juicio no hizo) que el sufrimiento psicológico fuera suficiente para constituir un serio daño mental (párrs. 296-360). Ya en relación con el artículo II(c) y (d), tampoco fue probada la violación de los derechos. Para la CIJ, los casos de estupro y otros actos de violencia sexual no llegaron a constituir violaciones de estas disposiciones (párrs. 361-394 y 395-400). En suma, el *actus reus* de genocidio se verificó, a su juicio, tan solo en relación con el artículo II(a) y (b) (párr. 401).

Pasando del *actus reus* a la intención genocida (*dolus specialis*), la CIJ observó que desde agosto de 1991 realmente hubo un patrón de amplios ataques contra la población croata, por parte del ejército y las fuerzas (inclusive paramilitares) de Serbia; sin embargo, solo se podría afirmar la intención genocida si fuera la “única inferencia razonable” que pudiera decidirse de tal pauta de conducta (párrs. 402-440). La CIJ no consideró necesario examinar los orígenes político-históricos del conflicto de 1991-1995 y minimizó el *Memorándum* de la Academia Serbia de Ciencias y Artes (de 1986). Agregó que, también en relación con los actos que constituían el *actus reus* de genocidio según el artículo II(a) y (b) de la Convención de 1948, no podría deducirse la intención de Serbia de destruir a los croatas, sino tan solo de forzarlos a dejar las regiones atacadas (a modo de crear un “Estado serbio étnicamente homogéneo”). El propio ataque a Vukovar no pasó de ser una “respuesta a la declaración de independencia de Croacia”. A su juicio, no hubo *mens rea* de destruir físicamente a los habitantes de Vukovar, sino apenas de castigarlos (párrs. 419-430).

Al minimizar la devastación (*cf.* párrs. 431-437 y 440), la CIJ determinó que, en este caso, Serbia no había incurrido en ninguna respon-

sabilidad según la Convención contra el Genocidio, y, siendo así, decidió que la demanda croata debía ser rechazada por completo (párrs. 441-442). En cuanto a la demanda reconvenicional, la CIJ entendió que los contraataques croatas (de 1995, como en la “Operación Tempestad”), aunque se encuadraron (*actus reus*) en el artículo II(a) de la Convención contra el Genocidio (párrs. 462-499), no revelaban *dolus specialis* (párrs. 500-515). Así, determinó que no hubo ninguna responsabilidad de Croacia según la Convención contra el Genocidio y que la demanda reconvenicional serbia también debía ser rechazada (párrs. 516-522).¹²

a) La disidencia del autor; en defensa de la dignidad de la persona

En la ocasión, presenté un extenso y contundente voto disidente (compuesto de 19 partes), en el cual expuse los fundamentos de mi posición, la metodología adoptada, el enfoque seguido, el razonamiento de la CIJ en relación con cuestiones de valoración probatoria y de sustancia, así como la conclusión de la CIJ sobre la demanda (punto resolutivo 2, *cfr. supra*). Al iniciar mi voto disidente, concentré la atención en el ámbito de la solución del actual contencioso, ligado ineludiblemente al imperativo de la *realización de la justicia* en lo concerniente a las violaciones *graves* de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, según la Convención contra el Genocidio (de 1948) y a la luz de *consideraciones básicas de humanidad* (párrs. 1-5).

Preliminarmente, destaqué la demora sin precedentes de 16 años (1999-2015) en la solución judicial del *cas d’espèce*. Durante todo este tiempo, las víctimas sobrevivientes y sus familiares esperaron, en vano, que se les hiciera justicia. Ponderé que “paradójicamente, cuanto más graves parezcan las violaciones del derecho internacional, más difícil

¹² En cuanto a las personas desaparecidas, la CIJ se limitó (en razón de lo que veía como los límites a su jurisdicción en la Convención de 1948, artículo IX), a “exhortar” a las partes a colaborar para “ofrecer una reparación adecuada a las víctimas de tales violaciones” (párr. 523). Por último, los tres puntos resolutivos de la Sentencia de la CIJ de 2015, luego de 16 años de trámite del caso, fueron los siguientes: 1) ejercer su jurisdicción para examinar la demanda croata (inclusive en relación con hechos anteriores al 27.04.1992, 2) rechazar la demanda croata, y 3) rechazar la demanda reconvenicional serbia.

y prolongada parece ser la tarea de alcanzar la justicia” (párr. 14). Tales atrasos indebidos en la realización de la justicia en casos de este género son sumamente lamentables, sobre todo desde la perspectiva de las víctimas (*justitia longa, vita brevis*) (párrs. 6-18).

Al pasar a la cuestión de la jurisdicción, advertí que, en el presente caso que oponía a Croacia y Serbia, la responsabilidad no podía ser atribuida a un Estado extinto; hubo una continuidad personal, por las políticas y las prácticas de ese momento (1991 en adelante). Puesto que la Convención contra el Genocidio (1948) es un tratado de derechos humanos (ampliamente reconocido), se aplica el derecho a regir la sucesión de Estados en tratados de derechos humanos (con sucesión *ipso jure*). Advertí además que no puede haber ruptura alguna en la protección extendida a grupos humanos por la Convención contra el Genocidio en una situación de disolución de un Estado en medio de la violencia generalizada, cuando más se necesita dar protección. En esas situaciones, hay *sucesión automática*, y *aplicabilidad continua* de la Convención contra el Genocidio, la cual de otro modo quedaría privada de sus efectos apropiados.¹³

La *esencia* del presente caso reside en cuestiones *sustantivas* relativas a la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio, más que en cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, según lo reconocido por las propias partes litigantes durante el procedimiento. Enfatiqué que la sucesión automática y la continuidad de las obligaciones de la Convención contra el Genocidio constituyen un *imperativo de humanidad* para asegurar la protección de grupos humanos cuando más la necesitan (párrs. 50-54).

En mi opinión, el *principio de humanidad* permea toda la Convención contra el Genocidio, pues está orientada esencialmente a los grupos humanos; permea todo el *corpus juris* de protección de los derechos humanos, que se orienta a las víctimas, y abarca también el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional huma-

¹³ Me permití recordar que se reconoce la sucesión automática en tratados de derechos humanos en la práctica de los órganos convencionales de supervisión de la Organización de las Naciones Unidas (tales como, por ejemplo, los Comités de Derechos Humanos y para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; párrs. 55-84).

nitario y el derecho internacional de los refugiados, además del derecho penal internacional contemporáneo (párr. 84). El principio de humanidad incide claramente en la protección de los derechos humanos, en particular en situaciones de *vulnerabilidad* o inclusive de *indefensión* (párrs. 58-65).

La propia Carta de las Naciones Unidas profesa la determinación de asegurar el respeto a los derechos humanos en todas partes; el principio de humanidad, en la línea del pensamiento iusnaturalista establecido (*recta ratio*), permea del mismo modo el Derecho de las Naciones Unidas (párrs. 73-76). El principio de humanidad tiene, además, un amplio reconocimiento judicial por parte de los tribunales internacionales contemporáneos de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales (párrs. 77-82). Las violaciones graves de derechos humanos y los actos de genocidio, entre otras atrocidades, constituyen violaciones de prohibiciones absolutas del *jus cogens* (párr. 83).

Enseguida sostuve que la determinación de la *responsabilidad del Estado* en la Convención contra el Genocidio no solo consiste en lo que pretendieron sus redactores (como lo demuestran sus trabajos preparatorios), sino que también se encuentra en conformidad con su justificación, así como con su objeto y su finalidad. La Convención contra el Genocidio se dirige a prevenir y sancionar el crimen de genocidio —que es contrario al espíritu y los fines de las Naciones Unidas—, para liberar a la humanidad de este flagelo. Advertí que intentar convertir la aplicación de la Convención contra el Genocidio en una tarea imposible, dejaría a la Convención sin sentido, casi como letra muerta (párr. 94).

Al pasar entonces a un examen detallado de la cuestión de la prueba, demostré que los tribunales internacionales de derechos humanos *no* han seguido en su jurisprudencia un patrón de carga probatoria rígida y exigente en casos de violaciones graves de los derechos de la persona, sino que han recurrido a deducciones y presunciones factuales, así como a la reversión o distribución de la carga de la prueba (párrs. 100-121). Lamenté que esta tendencia en la jurisprudencia no haya sido tomada en cuenta por la CIJ en su fallo (párr. 124). Agregué que, en la misma línea de rechazo de un patrón de carga probatoria rígida y exigente, los tribunales

penales internacionales (*ad hoc*, para Yugoslavia y Ruanda) dedujeron, incluso en ausencia de pruebas directas, la prueba de intención genocida a partir de inferencias factuales (párrs. 125-139).

Por su parte, la CIJ, de forma completamente distinta en este caso de la Convención contra el Genocidio como en el caso anterior del genocidio bosnio (2007), parece haber aplicado una carga probatoria demasiado exigente y alta (para la determinación del genocidio), que no está en conformidad con la jurisprudencia establecida a este respecto, tanto de los tribunales penales internacionales como en los tribunales internacionales de derechos humanos (párr. 142). Al fin y al cabo —proseguí—, la referida intención solo puede ser deducida, de factores como

la existencia de un plano general o política, del ataque sistemático a determinados grupos humanos, de la escala de atrocidades, del uso de lenguaje despreciativo, entre otros. Los intentos de imponer un alto patrón de carga probatoria de genocidio y de desacreditar la presentación de pruebas (por ejemplo, declaraciones testimoniales) son extremadamente lamentables, pues terminan por reducir el genocidio a un crimen casi imposible de determinar, y la Convención contra el Genocidio casi a letra muerta. Esto solo puede traer la impunidad de los perpetradores —tanto Estados como individuos— y disipar cualquier esperanza de acceso a la justicia por parte de las víctimas. La anarquía ocuparía el lugar del Estado de derecho. [párr. 143]

Agregué otra advertencia contra lo que aparecía como “una lamentable descalificación de la Convención contra el Genocidio”, al intentar caracterizar la situación “como un conflicto armado, para eludir el genocidio; sin embargo, uno no excluye al otro” (párr. 144). A mi entender, “en la solución judicial del presente caso, la CIJ debía haber tenido presente la Convención contra el Genocidio como un tratado de derechos humanos de la mayor importancia y su significación histórica para la humanidad”. La CIJ debió haber decidido el presente caso “no en el marco de la soberanía del Estado, sino del imperativo de la salvaguardia de la vida e integridad de los grupos humanos en la jurisdicción del Estado en cuestión, aun más cuando se encuentran en situaciones de la más

completa vulnerabilidad, si no indefensión. La vida y la integridad de la población prevalecen sobre las aserciones de soberanía del Estado, particularmente ante los malos usos de esta última” (párr. 145).

Observé, además, que la determinación de los hechos realizada por la Organización de las Naciones Unidas en la época en que ocurrieron contiene importantes elementos que conforman un patrón amplio y sistemático de destrucción en los ataques en Croacia: tal es el caso de los informes de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (1992-1993) y de los informes de la Comisión de Peritos del Consejo de Seguridad (1993-1994). Estas ocurrencias repercutieron también en la Segunda Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (1993), como recuerdo bien por haber participado activamente en ella.¹⁴ Igualmente ha habido un reconocimiento judicial (en la jurisprudencia del Tribunal para Yugoslavia, párrs. 180-194) de los ataques vastos y sistemáticos contra la población civil croata.

Procedí a un examen detallado del patrón amplio y sistemático de destrucción, que en mi opinión había quedado establecido claramente en el presente proceso ante la CIJ y que abarcó ataques indiscriminados contra la población civil, asesinatos en masa, tortura y violencia física, expulsión sistemática de los hogares (con éxodo masivo) y destrucción de la cultura del grupo. El patrón amplio y sistemático de destrucción también comprendió la práctica del estupro y otros crímenes de violencia sexual, lo que reveló la necesidad y la importancia de emprender un análisis *de género* (párrs. 260-277).

Hubo, además, un patrón sistemático de personas desaparecidas. La desaparición forzada de personas es una violación grave y *continuada* de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; con sus efectos destructivos, da testimonio de la expansión de la noción de víctimas (que comprende no solo a las personas desaparecidas, sino también a sus parientes próximos, que no saben de su paradero). La situación creada requiere un patrón probatorio apropiado y la reversión

¹⁴ Sobre la referida Conferencia Mundial y su legado, véase Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, 2003, Porto Alegre, Fabris, pp. 89-338; Cançado Trindade, *A proteção dos vulneráveis como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, 2014, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, pp. 13-356.

o distribución de la carga de la prueba, que no puede recaer sobre las víctimas (párrs. 313-318).

Conviene, aquí, una vez más, tener en cuenta (lo que no hizo la CIJ) la relevante jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (párrs. 300-310 y 313) respecto de la cuestión de la desaparición forzada de personas. En suma, las pruebas presentadas a la CIJ en el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* establecen claramente, en mi opinión,

la ocurrencia de asesinatos en masa de miembros atacados de la población civil croata durante los atentados armados en Croacia, en el contexto de un patrón sistemático de violencia extrema, que comprendió también tortura, detención arbitraria, violencia física, asaltos sexuales, expulsión y destrucción de los hogares, desplazamiento forzado y transferencia, deportación y humillación en las ciudades y pueblos atacados. No fue exactamente una guerra, fue un ataque mortífero y devastador contra civiles. No se trató tan solo de “una pluralidad de crímenes comunes” que “no pueden, por sí, constituir genocidio”, como alegó el abogado de Serbia ante la Corte en la audiencia pública del 12.03.2014; se trató, más bien, de un ataque devastador, una pluralidad de atrocidades, que, por sí misma, por su violencia extrema y devastación, puede revelar la intención de destruir (*mens rea* del genocidio). [párr. 237]

Abundé en que las referidas violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituyen violaciones del *jus cogens*, lo cual implica la responsabilidad del Estado y el deber de ofrecer reparaciones a las víctimas, en conformidad con la idea de *rectitud* (de acuerdo con la *recta ratio* del derecho natural), subyacente a la concepción del Derecho como un todo (párrs. 319-320). En el presente caso, el patrón amplio y sistemático de destrucción siguió un plan con contenido ideológico. A este respecto, las partes litigantes abordaron los orígenes históricos del conflicto armado en Croacia y el Tribunal de Yugoslavia examinó declaraciones periciales referentes al caso. La CIJ no consideró necesario examinar la materia, no obstante que las partes litigantes trajeron a su conocimiento la incitación ideológica conducente

al inicio de las hostilidades como elemento esencial para una comprensión apropiada del caso.

Las pruebas presentadas a la Corte relativas al referido patrón amplio y sistemático de destrucción, revelan que, en efecto, los ataques armados en Croacia no constituyeron exactamente una guerra, sino más bien una ofensiva mortífera y devastadora. Una de sus manifestaciones fue la práctica de marcar a los croatas con lazos blancos en los brazos o de colocar paños blancos en las puertas de sus casas. Otra fueron los malos tratos dados por las fuerzas serbias a los restos mortales de los croatas fallecidos y otros descubrimientos posteriores en numerosas fosas comunes, además de las clarificaciones obtenidas en el interrogatorio de los testigos ante la Corte (en sesiones tanto públicas como confidenciales; párrs. 360-395). El patrón amplio y sistemático de destrucción también se manifestó en el desplazamiento forzado de personas, en la destrucción de sus hogares y en la sujeción de las víctimas a condiciones de vida insostenibles. Tal patrón de destrucción, abordado como un todo, comprendió también la destrucción del patrimonio cultural y religioso (monumentos, iglesias, capillas, murallas, entre otros). Sería artificial disociar la destrucción física y biológica de la cultural (párrs. 408-422).

106 Las pruebas presentadas a la Corte en relación con ciudades o pueblos devastados —Lovas, Ilok, Bogdanovic y Vukovar (en la región de la Eslovenia Oriental), y Saborsko (en la región de Lika)— establecen el *actus reus* de genocidio (artículo II(a), (b) y (c) de la Convención contra el Genocidio; párrs. 423-459). Además, se puede deducir de las pruebas presentadas (aunque no sean directas) la intención de destruir (*mens rea*) a los grupos atacados, en todo o en parte (párrs. 460-471). La extrema violencia de las atrocidades en el patrón planeado de destrucción da testimonio de tal intención de destruir. Como escribí,

las evaluaciones probatorias no pueden prescindir de preocupaciones axiológicas. Los valores humanos están siempre presentes, como se reconoce por la aparición histórica del principio, en el proceso, del *libre convencimiento* del juez. Los hechos y valores se encuentran juntos en las evaluaciones probatorias. Para la determinación de la responsabilidad por

genocidio, la deducción de la *mens rea / dolus specialis* se efectúa a partir del *libre convencimiento* de cada juez, de la conciencia humana. [...] En última instancia, la conciencia se sitúa por encima y habla con más fuerza que cualquiera *Diktat* voluntarista. [...] El expediente de este caso relativo a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia vs. Serbia) contiene prueba irrefutable de un patrón amplio y sistemático de extrema violencia y destrucción. [párrs. 469-470]

Hay así —proseguí—, una necesidad de reparar a las víctimas y sus familiares (párrs. 472-485), un punto importante que fue debidamente abordado por las partes litigantes ante la Corte, para ser determinadas por la CIJ en una etapa posterior del caso. No hay que pasar por alto que ya los “padres fundadores” del derecho internacional, en los siglos XVI y XVII, se cuidaban de señalar el deber de reparación de daños.¹⁵ Desde mi punto de vista, el difícil camino de la *reconciliación* (párrs. 486-493) se inicia con el reconocimiento de que el patrón amplio y sistemático de destrucción termina por victimizar a todos, en ambos lados. Requiere, además, el esclarecimiento del paradero y la presentación de los restos mortales de las personas desaparecidas. El siguiente paso de la reconciliación reside en el otorgamiento de reparaciones (en todas sus formas). La reconciliación también exige las disculpas adecuadas, en honor de la memoria de las víctimas. Otro paso de las partes litigantes en la misma dirección consiste en la identificación y la entrega, una a la otra, de todos los restos mortales.

Reflexioné entonces que la solución judicial de este caso revela la necesidad de superar el enfoque centrado estrictamente en los Estados y dejar atrás dogmatismos que son fuentes de distorsiones. Como la Convención contra el Genocidio se concentra en grupos de personas, cabe dirigir la atención a las personas o la población en cuestión, con un enfoque humanista y a la luz del principio de humanidad (párrs. 494-524). Al interpretar y aplicar la Convención contra el Genocidio se debe volver la atención a las víctimas y no a susceptibilidades entre Estados (párrs. 494-496).

¹⁵Para un estudio general, véase Cançado Trindade, “Prefacio”, en P. Calafate y R.E. Mando Gutiérrez (comps.), *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694): La conciencia crítica de la conquista y colonización de América*, 2014, Santander, Universidad de Cantabria, pp. 40-109.

A mi entender, la evaluación probatoria de la Corte y la determinación de los hechos del *cas d'espèce* debían ser generales y no atomizadas. Todas las atrocidades presentadas a la Corte, que conforman el referido patrón de destrucción, debían haber sido tomadas en cuenta (y no tan solo una muestra de ellas) para la determinación de la responsabilidad del Estado en la Convención contra el Genocidio (párrs. 503-507). No pueden ser minimizados crímenes en amplia escala, tales como el estupro y otros crímenes de violencia sexual, expulsión de los hogares (y su destrucción), desplazamientos forzados, privación de alimentos y cuidados médicos (párr. 500).

En su Sentencia de 2015 en el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*, la CIJ vio tan solo lo que quiso ver (que no fue mucho), intentando hacer creer que se trataba de un caso tan solo de desplazamiento forzado de personas. Además, como para convencerse a sí misma de la ausencia de una intención genocida, la CIJ avaló el argumento del Estado demandado de que el propio demandante en el Tribunal de Yugoslavia no acusó a nadie de genocidio en el contexto de los ataques armados en Croacia entre 1991 y 1995 (párr. 505).

108 | Pues bien, esto no tiene incidencia alguna sobre la responsabilidad del Estado, pues otros individuos, aparte de los indiciados, pudieron haber sido los responsables (como agentes estatales); además, cabe la posibilidad de que las acusaciones de genocidio se confirmen posteriormente (como en el caso de *R. Karadzic*, a mediados de 2013). De todos modos —agregué—, en sus acusaciones el demandante en el Tribunal de Yugoslavia ejerce un poder *discrecional*, su estatus es enteramente distinto al de los jueces internacionales; además, como ya he resaltado, los patrones probatorios no son los mismos en relación con la responsabilidad del Estado que en relación con la responsabilidad penal individual (párr. 506).

Resalté que el aparato conceptual y el razonamiento de la CIJ, en cuanto al derecho, debían igualmente ser exhaustivos, y no atomizados, a modo de asegurar los efectos apropiados de la Convención contra el Genocidio (párr. 508). No pueden abordarse las vertientes que conforman el *corpus juris* de la protección internacional de los derechos de la

persona humana de modo seccionado, sino que hay aproximaciones y convergencias entre ellas (párrs. 509-511).

Recordé que la Convención contra el Genocidio, que se orienta a las víctimas, no puede ser abordada de forma estática, por ser un “instrumento vivo” (párrs. 511-512 y 515). Sostuve que el derecho internacional humanitario consuetudinario y el convencional han de ser vistos propiamente en interacción, no separados uno del otro. Una violación de las disposiciones sustantivas de la Convención contra el Genocidio acaba siendo una violación también del derecho internacional consuetudinario sobre la materia (párr. 513). Además, tampoco se puede abordar separadamente los elementos interrelacionados del *actus reus* y *mens rea* de genocidio.

Pasé entonces a la consideración de los principios generales del derecho (*prima principia*), y en particular al principio de humanidad, de gran relevancia en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. Los *prima principia* atribuyen una ineludible dimensión axiológica al ordenamiento jurídico internacional (párr. 517). Abundé en que los tratados de derechos humanos (como la Convención contra el Genocidio) tienen una hermenéutica propia, lo que requiere un enfoque exhaustivo de los hechos y del derecho, y no uno fragmentado, como el que siguió la mayoría de la Corte.

Enseguida me manifesté en contra de la postura de la CIJ en la presente Sentencia de 2015, reflejada igualmente en su anterior Sentencia en el caso del *Genocidio Bosnio* (2007), de atribuir una importancia total al *consentimiento* estatal individual, situándolo lamentablemente por encima de los imperativos de la realización de la justicia en el plano internacional. En un dominio como el de los tratados de derechos humanos en general, y de la Convención contra el Genocidio en particular, el derecho internacional aparece, más que voluntario, como verdaderamente *necesario*, y los derechos protegidos y los valores humanos fundamentales se sitúan por encima de los intereses del Estado o de su “voluntad” (párr. 516).

Agregué que el imperativo de la *realización de la justicia* reconoce que la conciencia (*recta ratio*) se sitúa por encima de la “voluntad” (párr. 518); el consentimiento cede espacio a la justicia objetiva. Reiteré

que la Convención contra el Genocidio se ocupa de grupos humanos en situaciones de gran vulnerabilidad o indefensión, y requiere un enfoque centrado en las personas en grupos, en las víctimas (párrs. 520-522). Señalé, además, que en el enfoque exhaustivo que sostengo para la Convención contra el Genocidio hay que tomar en cuenta “todo el contexto factual del presente caso de Croacia y Serbia, y no solo una muestra de acontecimientos seleccionados en algunas municipalidades, como hizo la mayoría de la Corte” (párr. 523).

El contexto factual como un todo, en mi evaluación, “revela claramente un patrón amplio y sistemático de destrucción, que la mayoría de la Corte parece tener mucha dificultad en tomar en cuenta, y a veces incluso lo minimiza” (párr. 523). A mi entender, se requiere una consideración de la materia de modo general y no fragmentario, “con fidelidad al pensamiento humanista y teniendo en mente el principio de humanidad, que permea todo el *corpus juris*, incluyendo la Convención contra el Genocidio” (párr. 523). Señalé que mi posición disidente encuentra respaldo sobre todo en principios y valores fundamentales, “a los cuales atribuyo aún mayor importancia” (párr. 524).

110 En suma —concluí—, en la interpretación y aplicación de la Convención contra el Genocidio, los principios fundamentales y los valores humanos ejercen un papel relevante, primordial; prima la preocupación por las víctimas de la crueldad humana, pues, al fin y al cabo, la *raison d’humanité* prevalece sobre la *raison d’État* (párr. 547). Es esto, en mi opinión, lo que la Corte Internacional de Justicia debería haber decidido en la Sentencia de 2015 relativa a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*.

b) Derecho y justicia en choque

Como ya he señalado, el principio básico del respeto a la dignidad de la persona humana permea toda la materia aquí tratada. En efecto, en los últimos años me he empeñado en abrir el difícil camino del acceso de la persona humana a la justicia en los contenciosos entre Estados que

son propios de la CIJ.¹⁶ La decisión mayoritaria de la CIJ en el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia vs. Serbia, 2015), se suma a su decisión anterior en el caso del *Genocidio Bosnio* (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia, 2007) y da testimonio del *summum jus, summa injuria*. Después de larga espera, las víctimas perdieron la última esperanza de encontrar la justicia humana por las atrocidades sufridas, de la gravedad de los actos de genocidio.

En otras ocasiones, —como en mis extensos votos disidentes en los casos de la *Aplicación de la Convención CERD*¹⁷ (2011) y de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (fondo, 2012)—,¹⁸ advertí *inter alia* que, aunque el mecanismo de solución de controversias de la CIJ se haya mantenido y estratificado a lo largo de las décadas como centro estrictamente en los conflictos entre Estados (por inercia mental), no hay justificación alguna para que el razonamiento de la CIJ también lo sea, aun más cuando las convenciones en cuestión (la Convención contra el Genocidio y la Convención CERD, entre otras) rebasan el punto de vista estatal.

Tales convenciones, que proporcionaron la base jurisdiccional de la CIJ en los dos casos anteriores, se centran claramente en los seres humanos, en la salvaguardia de sus derechos, en la cual se resumen su propia justificación, así como su objeto y finalidad. Tal como señalé en mi reciente voto disidente en el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia vs. Serbia, 2015), la aplicación de las referidas convenciones requiere la prevalencia de la *raison d'humanité* sobre la *raison d'État*, a la luz del *principio de humanidad* (párrs. 504, 517 y 530). Efectivamente, en mi opinión, la CIJ no puede hacer abstracción de esto y cerrar los ojos a la gravedad de los acontecimientos, ateniéndose a las susceptibilidades de los Estados y olvidándose de la vulnerabilidad extrema de las víctimas. Los Estados fueron creados para los seres humanos, y no al contrario.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Cançado Trindade, “El difícil camino del acceso de la persona humana a la justicia en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2013-2014, pp. 173-213.

¹⁷ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

¹⁸ Cfr: los dos votos disidentes reproducidos en Cançado Trindade, *The construction of a humanized international law*, pp. 1173-1266 y 1399-1522.

La Sentencia de la CIJ del 03.02.2015 llevó a una lamentable descalificación de la Convención contra el Genocidio, en relación a la cual no puede haber aquiescencia. Tal descalificación se constata en la actitud mayoritaria de la Corte de: 1) imponer una alta carga probatoria de genocidio (sin paralelo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales contemporáneos), volviéndolo un crimen casi imposible de determinar; 2) desacreditar la presentación de pruebas en declaraciones testimoniales; 3) abstenerse de examinar los acontecimientos de todas las ciudades y pueblos atacados (la totalidad del contexto factual del caso) y escoger para examen tan solo algunos ejemplos; 4) rechazar la *mens rea* con base en un *Diktat*, sin aportar explicaciones; 5) abstenerse de examinar los orígenes históricos y causas del conflicto, abordados por las partes litigantes; 6) subordinar el propio *jus cogens* al voluntarismo estatal; 7) referirse a las vertientes de protección de los derechos de la persona humana de forma fragmentaria y no conjunta y convergente; 8) separar el derecho internacional humanitario convencional y el consuetudinario, en lugar de considerarlos en conjunto; 9) separar la Convención contra el Genocidio y el derecho internacional humanitario, en lugar de considerarlos en conjunto; 10) abordar por separado el *actus reus* y la *mens rea* de genocidio; 11) minimizar los principios generales del derecho (*prima principia*), en particular el principio de humanidad; 12) concentrarse en la “voluntad” de los Estados y no en la realización de la justicia y en la necesidad de protección de las víctimas en situaciones de vulnerabilidad o indefensión; y 13) rechazar la demanda, en lugar de abrir una nueva etapa en el procedimiento de determinación de las reparaciones de daños.

Como se desprende de este estudio, en los últimos años la solución judicial internacional de casos de masacres, sobre todo los decididos por tribunales internacionales de derechos humanos, ha presentado avances notables en la justicia internacional. Las convenciones de derechos humanos han sido interpretadas y aplicadas por los tribunales internacionales como “instrumentos vivos”. Sin embargo, como lo demuestran las Sentencias recientes de la CIJ en los dos casos de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (2012) y la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (2015), todavía hay un largo camino por recorrer.

Estamos apenas al comienzo del desarrollo progresivo del derecho internacional en este ámbito. El mecanismo interestatal de solución de controversias no implica un razonamiento estrictamente interestatal. En última instancia, en casos de masacres, hay que tener presentes a los seres humanos. El enfoque centrado exclusivamente en los Estados, de cuño positivista-voluntarista, que ha sido seguido por la CIJ, la ha llevado a decisiones que testimonian el *summum jus, summa injuria*, el lamentable divorcio entre el *derecho* y la *justicia*. No obstante la aparente indiferencia de la CIJ en relación con la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional, en varios casos recientes, traídos al conocimiento de la Corte, se han referido precisamente a la situación concreta de individuos o grupos de individuos afectados, y no a cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes *inter se*.¹⁹

Así queda manifiesta la artificialidad del enfoque centrado exclusivamente en los Estados en el razonamiento de la CIJ en casos de masacres. En nuestros días, los iuspositivistas no se dan cuenta siquiera de los peligros del desajuste entre *derecho* y *justicia*, porque, en efecto, solo consiguen ver el primero, en su subordinación característica al poder establecido. Los resultados han sido lamentables, cuando no trágicos. Nos incumbe vigilar constantemente para que *derecho* y *justicia* no se aparten ni se interfieran. Hay que mantenerse siempre conscientes de que en el pensamiento iusnaturalista la noción de *justicia* ha siempre ocupado una posición central, orientadora de todo el *derecho*. La *justicia* se encuentra, en suma, en el principio de todo derecho, además de que es su fin último.

113

La Haya, 30 de noviembre de 2016.

¹⁹ Lo ejemplifican los casos, por ejemplo, de *A.S. Diallo* (Guinea vs. R.D. Congo, 2010-2012), *Aplicación de la Convención CERD* (Georgia vs. Federación Rusa, 2010-2011), *Templo de Préah Vihear* (Camboya vs. Tailandia, 2011), *Cuestiones Relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica vs. Senegal, 2009-2012), *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania vs. Italia, con intervención de Grecia, 2010-2012), así como las dos más recientes Opiniones Consultivas sobre la *Declaración de Independencia del Kosovo* (2010) y sobre la *Revisión de Sentencia del Tribunal Administrativo de la OIT* (2012). Para un examen de la cuestión, véase Cançado Trindade, *Os tribunais internacionais e a realização da Justiça*, Río de Janeiro, Renovar, 2015, pp. 3-68; Cançado Trindade, "A century of international justice and prospects for the future", en A.A. Cançado Trindade y D. Spielmann (comps.), *A century of international justice / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir*, 2013, Oisterwijk, Wolf, pp. 4 y 8-9.

©ITAM Derechos Reservados.

La reproducción total o parcial de este artículo se podrá hacer si el ITAM otorga la autorización previamente por escrito.