

VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la presente Sentencia sobre el caso *Bámaca Velásquez* (Fondo) en todos sus puntos resolutiveos. Ciertas cuestiones transcendentales planteadas en el presente caso me suscitan, además, algunas reflexiones, de las cuales me permito dejar constancia en el presente Voto Razonado, para fundamentar mi concepción y posición frente a tales cuestiones. De inicio, es verdaderamente penoso y preocupante constatar que no es esta la primera vez que, en casos sometidos al conocimiento de la Corte Interamericana, se presenta, en el marco de la desaparición forzada de personas, la cuestión del irrespeto de sus restos mortales.

2. Recuérdense, por ejemplo, los casos ya decididos por esta Corte, *Velásquez Rodríguez* (1988), *Godínez Cruz* (1989), *Caballero Delgado y Santana* (1995), *Garrido y Baigorria* (1996), y *Castillo Páez* (1997), en los cuales, hasta la fecha, se continúa ignorando el paradero de los restos mortales de las personas desaparecidas. Lo mismo ha pasado en casos de violación del derecho a la vida sin ocurrencia de desaparición forzada de personas, - *Neira Alegría* (1995), *Durand y Ugarte* (2000), - en los cuales tampoco se ha logrado hasta la fecha identificar los restos mortales de las víctimas. A estos se agregan los casos de los *Niños de la Calle* (1999) y *Blake* (1998), en los cuales los restos mortales de las víctimas estuvieron no identificados u ocultados por algún tiempo, habiendo sido posteriormente encontrados.

3. Los alegatos ante la Corte, relatados en la presente Sentencia sobre el caso *Bámaca Velásquez*, introducen un elemento nuevo para consideración de esta tragedia. En sus alegatos escritos finales (de 22.10.1999), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió que, en los conflictos internos en países de América Latina, muchos individuos fueron "secuestrados en centros clandestinos de detención, fueron objeto de torturas", así como "fueron enterrados sin dignidad ni respeto en fosas sin nombre", o arrojados "desde aviones al mar" (párr. 123).

4. En la audiencia pública ante la Corte del día 16 de junio de 1998, la Comisión Interamericana, en sus alegatos orales finales, se refirió a "las angustias y los sufrimientos" que padecieron los familiares del Sr. Bámaca Velásquez como consecuencia de la desaparición forzada de éste (párr. 145(f)). En sus alegatos escritos finales supracitados, la Comisión destacó, al respecto, la repercusión, en la cultura maya - a la que pertenecía el Sr. Bámaca Velásquez, - de no haberse dado sepultura digna a sus restos mortales, "por la relevancia central que tiene en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos", pues la "falta de un lugar sagrado a donde acudir para velar por este nexo constituye una preocupación profunda que brota de los testimonios de muchas comunidades mayas" (párr. 145(f)).

5. Este elemento nuevo para el examen de la cuestión, señalado por la Comisión, no debe pasar desapercibido en la determinación de la violación, correctamente establecida por la Corte en la presente Sentencia (punto resolutivo n. 2) en el caso *Bámaca Velásquez* (Fondo), del artículo 5(1) y (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio no sólo del Sr. Efraín Bámaca Velásquez sino también de sus familiares inmediatos. La negligencia y el irrespeto con los restos mortales de las víctimas - desaparecidas o no - de violaciones de derechos humanos, y la imposibilidad de rehaberlos, en varios casos ante la Corte referentes a Estados distintos, me parecen configurar un *malaise* de nuestros tiempos, revelando la espantosa pobreza espiritual del mundo deshumanizado en que vivimos.

6. El punto me suscita algunas inquietudes, que me veo en la obligación de exponer en este Voto Razonado, dado que la vinculación entre los vivos y los muertos - sostenida por tantas culturas, inclusive la maya, - no me parece haber sido suficientemente desarrollada en el dominio de la ciencia del derecho. Permítome, así, centrar mis reflexiones en cuatro aspectos interrelacionados de la cuestión, desde la perspectiva de los derechos humanos, a saber: a) el respeto a los muertos en las personas de los vivos; b) la unidad del género humano en los vínculos entre los vivos y los muertos; c) los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos; y d) la prevalencia del derecho a la verdad, en respeto a los muertos y a los vivos.

I. La Muerte y el Derecho: El Respeto a los Muertos en las Personas de los Vivos.

7. En el presente caso *Bámaca Velásquez*, llaman la atención la oposición sistemática del poder público a las exhumaciones (párr. 121(m)) y la incapacidad del Estado de ubicar los restos mortales de la víctima, con la consecuente impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos en perjuicio del Sr. Bámaca Velásquez así como de sus familiares. En dado momento de su testimonio ante esta Corte, la Sra. Jennifer Harbury señaló que "lo que busca es justicia y que le devuelvan los restos de Efraín Bámaca Velásquez", su esposo (párr. 93(b)). En efecto, desde tiempos inmemoriales se ha ocupado el ser humano de dar sepultura digna a sus muertos.

8. Trátase de una preocupación de las más antiguas del ser humano¹, immortalizada, v.g., más de cuatro siglos antes de Cristo, por la célebre tragedia de *Antígona* de Sófocles, que versaba precisamente sobre la firme determinación de Antígona, mujer de coraje, de enfrentar la tiranía de Creonte y dar una sepultura digna a uno de sus dos hermanos muertos (al igual que al otro hermano enterrado). En realidad, la búsqueda de un entendimiento de la muerte encuéntrase presente en todas las culturas y tradiciones filosóficas del mundo². Es este un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos³.

9. En la lúcida reflexión de Pictet, el conflicto entre Creonte y Antígona acerca del respeto debido a los restos mortales del ser querido, corresponde al eterno antagonismo entre la ley positiva (para mantener el orden público) y la ley no-escrita (para seguir la conciencia individual): o

1. Como lo ejemplifica, v.g., el *Libro de los Muertos de los Antiguos Egipcios* (de 2350-2180 a.C.), también conocido como los *Textos de las Pirámides*.

2. Cf., v.g., J.P. Carse, *Muerte y Existencia - Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 17-497.

3. A. Desjardins, *Pour une mort sans peur*, Paris, Table Ronde, 1983, p. 61.

sea, necesidad *versus* humanidad⁴. ¿Por qué, - puédesse indagar, - a pesar de la atención siempre dedicada al tema en las culturas y en todas las modalidades de expresión de los sentimientos humanos (como la literatura y las artes), todo el rico pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano se ha concentrado casi que exclusivamente en las personas de los vivos, y no parece haber recogido con suficiente claridad los vínculos entre estos y sus muertos⁵, inclusive para determinar sus consecuencias jurídicas?

10. 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 uno⁶, y sobre la muerte como parte de la vida. Como ponderó con tanta lucidez A.D. Sertillanges, en monografía publicada hace más de medio siglo (y casi olvidada en nuestros días), "se cree que la muerte es una ausencia, cuando es una presencia secreta. (...) Antes, sólo lo visible ocupaba el hogar; ahora, un misterio lo habita; ha sido instituido en él un culto íntimo (...). Los muertos sobreviven, mientras pueden inspirarnos nobles acciones. (...) Felizmente hay corazones fieles. Por ellos, los que han desaparecido, permanecen en la tierra para continuar haciendo el bien (...)"⁷.

4. Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht/Geneva, Nijhoff/ H. Dunant Inst., 1985, pp. 61-62.

5. El vínculo entre los vivos y los que parten de este mundo se desprende de diversas obras de la literatura universal, como, v.g., el bello *Libro Tibetano de los Muertos*, cuyo contenido se supone haber sido transmitido de forma oral desde el siglo XIV, habiendo sido publicado en el llamado "mundo occidental" por primera vez en 1927; cf. *Bardo-Thödol, El Libro Tibetano de los Muertos*, Madrid, EDAF, 1997, pp. 9-223.

6. A pesar de todo lo que ya se ha escrito, en la literatura universal y en la filosofía a lo largo de los siglos, sobre el ser humano y su destino, no se ha llegado a una explicación o respuesta conclusiva acerca de este último. El destino sigue siendo un misterioso enigma que acompaña a cada uno a lo largo de toda su existencia, y que parece tener sus raíces en las profundidades de la interioridad de cada ser humano.

7. A.D. Sertillanges, *Nuestros Muertos*, Buenos Aires, Impr. Caporaletti, s/f, pp. 13, 36-37 y 49. - Un relato contemporáneo de la experiencia en la asistencia a

11. En efecto, el respeto a los muertos, siempre cultivado en las más distintas culturas y religiones, pronto encontró expresión (aunque tratamiento insuficiente) también en el campo del Derecho. Ya el antiguo derecho romano, por ejemplo, tutelaba penalmente dicho respeto a los muertos. En el derecho comparado de nuestros días, se puede verificar que los códigos penales de numerosos países tipifican y sancionan los crímenes contra el respeto a los muertos (tales como, v.g., la sustracción y el ocultamiento de los restos mortales de un ser humano). Y al menos una corriente de la doctrina jurídica al respecto visualiza como sujeto pasivo del derecho de respeto a los muertos la propia comunidad (a empezar por los familiares) a la que pertenecía el muerto.

12. Aunque la subjetividad jurídica de un individuo venga a cesar con su muerte (dejando, pues, al fallecer, de ser un sujeto de Derecho o titular de derechos y de deberes), sus restos mortales - conteniendo una parcela corporal de la humanidad, - continúan siendo jurídicamente protegidos (*supra*). El respeto a los restos mortales preserva tanto la memoria del muerto como los sentimientos de los vivos (en particular sus familiares o personas más cercanas) a él ligados por lazos de afecto, - siendo este el valor jurídicamente protegido⁸. Al tutelar el respeto a los muertos, también el derecho penal da expresión concreta a un sentimiento universal de la conciencia humana. El respeto a los muertos se debe, así, - en los planos de los ordenamientos jurídicos tanto interno como internacional, - en las personas de los vivos.

13. En realidad, el respeto a los muertos no es un elemento enteramente ajeno a la práctica judicial internacional. Recuérdese que, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 16 de octubre de 1975 sobre el *Sahara Occidental*, la Corte de la Haya tomó en cuenta el *modus vivendi*, las prácticas culturales de las poblaciones nómadas

personas próximas del final de sus vidas llevó la autora a destacar las relaciones profundizadas del agonizante con los demás, y a propugnar por "una società che, invece di negare la morte, impari a integrarla nella vita" M. de Hennezel, *La Morte Amica*, 4a. ed., Milano, Bibl. Univ. Rizzoli, 2000, pp. 39 y 16.

8. Bruno Py, *La mort et le droit*, Paris, PUF, 1997, pp. 31, 70-71, 79-80 y 123.

del Sahara Occidental, al afirmar el derecho de éstas a la autodeterminación⁹. Uno de los elementos, señalados por el Tribunal, componentes de la cultura de las tribus nómadas del Sahara Occidental, fue precisamente el cultivo de la memoria de los muertos¹⁰. En suma, el respeto a los muertos es debido en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes.

II. La Unidad del Género Humano en los Vínculos entre los Vivos y los Muertos.

14. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos abre un horizonte aún más amplio para la consideración de la cuestión. Entiendo que lo que concebimos como el género humano abarca no sólo los seres vivos - titulares de los derechos humanos, - sino también los muertos con su legado espiritual. Vivimos todos *en el tiempo*; de igual modo, las normas jurídicas son creadas, interpretadas y aplicadas *en el tiempo* (y no independientemente de él, como equivocadamente suponían los positivistas).

9. La referida Opinión Consultiva fue emitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en respuesta a una consulta formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La cuestión versaba sobre el territorio del Sahara Occidental, sobre el cual Marruecos y Mauritania reivindicaban derechos en el momento en que España pretendía poner fin a su administración de dicho territorio. La CIJ ponderó que, como el Sahara Occidental, aún en la época de su colonización, era habitado por poblaciones social y políticamente organizadas en tribus nómades, no podría, por lo tanto, ser considerado como *terra nullius*. A pesar de las reivindicaciones de Marruecos y de Mauritania, la CIJ afirmó el derecho de las poblaciones - aunque nómadas - del Sahara Occidental a la autodeterminación; ésta debería ejercerse "mediante la expresión libre y genuina de la voluntad de los pueblos del Territorio". *ICJ Reports* (1975) pp. 68 y 36, párrs. 162 y 70.

10. Significativamente, al afirmar el derecho de las referidas tribus nómadas a la autodeterminación, la CIJ, - tal vez *malgré elle-même*, - tomó en cuenta su *modus vivendi*, sus prácticas culturales, tales como el cultivo de ciertos terrenos (inclusive con la concesión de derechos), el acceso controlado a las fuentes de agua, y los propios cementerios en que numerosas tribus se reunían (*ibid.*, p. 41, párr. 87). Así, en la mencionada Opinión Consultiva de la CIJ de 1975, el cultivo a la memoria de los muertos fue tomado en cuenta como uno de los elementos integrantes de la cultura de las poblaciones nómadas del Sahara Occidental, titulares del derecho de autodeterminación de los pueblos.

15. A mi modo de ver, el tiempo - o más bien, el *pasar* del tiempo, - no representa un elemento de separación, sino más bien de acercamiento y unión, entre los vivos y los muertos, en el caminar común de todos hacia lo desconocido. El conocimiento y la preservación del legado espiritual de nuestros ancestrales constituyen una vía por medio de la cual los muertos pueden comunicarse con los vivos¹¹. Así como la experiencia vivencial de una comunidad humana se desarrolla con el flujo continuo del pensamiento y de la acción de los individuos que la componen, hay igualmente una dimensión espiritual que se transmite de un individuo a otro, de una generación a otra, que antecede a cada ser humano y que sobrevive a él, *en el tiempo*.

16. Hay efectivamente un legado espiritual de los muertos a los vivos, captado por la conciencia humana. De igual modo, en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris comunis*), que constituye, en mi entender, la fuente *material* por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual. Lo que nos sobrevive es tan sólo la creación de nuestro espíritu, con el propósito de elevar la condición humana. Es así como concibo el legado de los muertos, desde una perspectiva de los derechos humanos.

17. Esta dimensión espiritual - de la conciencia jurídica universal - ha encontrado expresión en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos de la persona humana: ilustraciones pertinentes se encuentran, v.g., en los preámbulos de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948), de la Convención contra el Genocidio (1948), de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), del Estatuto de Roma del Tribunal Penal

11. Es lo que me permití señalar, - recordando en este sentido una reflexión de Simone Weil en su libro *L'Enracinement* (1949), - en mi Voto Concurrente (párr. 5) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18.08.2000).

Internacional (1998), - además de la célebre *cláusula Martens* (con su evocación a los "principios de humanidad" y a las "exigencias de la conciencia pública"), recogida reiteradamente en sucesivos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario¹².

18. Es significativo que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) advierta en su preámbulo que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un *crimen de lesa humanidad*"¹³. Esta expresión tiene un contenido jurídico propio y una fuerte carga semántica, pareciendo conceptualizar la propia humanidad como sujeto de derecho. La conceptualización doctrinal de los llamados crímenes contra la humanidad, - victimizando en escala masiva seres humanos, en su espíritu y en su cuerpo, - tiene sus orígenes, bien antes de la Convención contra el Genocidio de 1948, en el propio derecho internacional consuetudinario, sobre la base de nociones fundamentales de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública¹⁴.

III. Los Lazos de Solidaridad entre los Muertos y los Vivos.

19. El respeto a la memoria de los muertos en las personas de los vivos constituye uno de los aspectos de la solidaridad humana que vincula los vivos a los que ya fallecieron. El respeto a los restos mortales también se debe al espíritu que animó en vida la persona fallecida, vinculado además a las creencias de los sobrevivientes en cuanto al destino *post mortem* del fallecido¹⁵. No hay como negar que la muerte de un individuo

12. V.g., Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 (preámbulos), Convenciones de Ginebra de 1949 sobre el Derecho Internacional Humanitario (preámbulos), Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 1) a las Convenciones de Ginebra de 1949, Protocolo Adicional II (en forma simplificada, en el preámbulo, considerando 4).

13. Párrafo 6 (énfasis agregado).

14. Para un relato, cf., v.g., S.R. Ratner y J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 45-77.

15. B. Py, *op. cit. supra* n. (8), pp. 94 y 77, y cf. pp. 7, 38, 47, 77 y 123.

afecta directamente la vida, así como la situación jurídica, de otros individuos, en especial sus familiares (como lo ilustra, en el marco del derecho civil, la normativa del derecho de familia y de sucesiones).

20. Frente a la angustia generada por la muerte de un ser querido, los ritos fúnebres, con los restos mortales, buscan traer un mínimo de consuelo para los sobrevivientes. De ahí la importancia del respeto a los restos mortales: su ocultamiento priva a los familiares también del ritual fúnebre, que atiende a necesidades del propio inconsciente y alimenta la esperanza en el prolongamiento o permanencia del ser¹⁶ (aunque sólo en la memoria viva y en los lazos afectivos de los sobrevivientes). El ocultamiento e irrespeto de los restos mortales del ente querido afectan, pues, a sus familiares inmediatos en lo más íntimo de su ser.

21. 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 la expresión de solidaridad me parece operar 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 eternidad¹⁷.

22. El género humano, o sea, la *unidad* del género humano, debe, pues, en mi entender, ser mejor apreciada en su dimensión esencialmente *temporal* (y no estática), abarcando del mismo modo también las generaciones futuras (que comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea

16. L.-V. Thomas, *La mort*, 4a. ed. corr., Paris, PUF, 1998, pp. 91-93, 107, 113 y 115.

17. 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"; A. Schopenhauer, *Meditaciones sobre el Dolor del Mundo, el Suicidio y la Voluntad de Vivir*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 88.

del derecho internacional)¹⁸. Nadie osaría negar el deber que tenemos, los seres vivos, de contribuir a construir un mundo en que las generaciones futuras se vean libres de las violaciones de los derechos humanos que victimaron sus predecesores (la garantía de no-repetición de violaciones pasadas).

23. La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial - es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, - sino también en una dimensión *temporal* - es decir, entre las generaciones que se suceden *en el tiempo*¹⁹, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto. Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal²⁰, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano.

24. De ahí la importancia de las culturas, - como vínculo entre cada ser humano y la comunidad en que vive (el mundo exterior), - en su atención unánime al respeto debido a los muertos. En medios sociales fuertemente impregnados de una visión comunitaria, - como lo son los africanos, por ejemplo, - prevalece un sentimiento de armonía entre los vivos y los muertos, entre el ambiente natural y los espíritus que lo animan²¹. Las

18. Cf., v.g., E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius y S. Busuttill *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197.

19. Cf. A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité". 175 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 113, 123, 224, 231 y 240; R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, UNESCO/Economica, 1986, pp. 160, 169 y 173, y cf. p. 135 para la "anterioridad de la conciencia sobre la historia".

20. Que no es siquiera la soberanía de los pueblos, y que se muestra demasiado limitada en el espacio y patéticamente restringida en el tiempo histórico.

21. J. Matringe, *Tradition et modernité dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 69-70.

manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho²². No se trata, en absoluto, de un "relativismo cultural", sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas.

25. Los adeptos del llamado "relativismo cultural" parecen olvidarse de algunos datos básicos incuestionables, a saber: primero, las culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente *en el tiempo*, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas²³; segundo, muchos tratados de derechos humanos han sido ratificados por Estados con las más diversas culturas; tercero, hay tratados más recientes, - como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), - que, en sus *travaux préparatoires*²⁴, tomaron en debida cuenta la diversidad cultural, y hoy disfrutan de una aceptación virtualmente universal²⁵; cuarto, la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos; quinto, las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario también cuentan con una aceptación virtualmente universal.

26. Como si estos datos no fueran suficientes, en nuestros días la diversidad cultural no ha frenado la tendencia contemporánea de criminalización de las violaciones *graves* de los derechos humanos, ni los avances en el derecho penal internacional, ni la consagración de la juris-

22. Recuérdese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de tomar en cuenta el *modus vivendi* y las prácticas culturales de los cimarrones (*maroons*) en Suriname (la costumbre saramaca), en su Sentencia de reparaciones en el caso *Aloeboetoe y Otros* (del 10.09.1993).

23. V.g., los derechos de la mujer, en varias partes del mundo. - Además, nadie osaría negar, por ejemplo, el derecho a la identidad cultural, que tendría así, él propio, una dimensión universal; cf. [Varios Autores,] *Law and Cultural Diversity* (eds. Y. Donders *et alii*), Utrecht, SIM, 1999, pp. 41, 72 y 77.

24. Cf. *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the Travaux Préparatoires* (ed. S. Detrick), Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.

25. Con rarísimas excepciones.

dicción universal en algunos tratados de derechos humanos (a ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), entre otros), ni el combate universal a los crímenes contra la humanidad. En efecto, la diversidad cultural tampoco ha impedido la creación, en nuestros días, de un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias²⁶.

27. Todo ésto impone la salvaguardia de los derechos inderogables en cualesquiera circunstancias (en tiempos de paz así como de conflicto armado). Las convergencias normativa y hermenéutica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, reconocidas en la presente Sentencia sobre el caso *Bámaca Velásquez* (párrs. 205-207), contribuyen a situar dichos derechos inderogables, - a empezar por el propio derecho fundamental a la vida, - en definitivo en el dominio del *jus cogens*.

28. Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones²⁷, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal. Todos los avances mencionados, debidos a esta *conciencia jurídica universal*, se han dado en medio a la diversidad cultural. Al con-

26. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 338-358. - Siendo así, el llamado "relativismo cultural" en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos padece, pues, de demasiadas falacias. Tampoco puedo aceptar el llamado "relativismo jurídico" en el dominio del Derecho Internacional Público: dicho relativismo nada más es que una visión neopositivista del ordenamiento jurídico internacional, desde una anacrónica perspectiva estatocéntrica y no comunitaria (la *civitas maxima gentium*). Igualmente insostenible me parece la corriente "realista" en las ciencias jurídica y sociales contemporáneas, con su cobardía intelectual y su capitulación frente a la "realidad" bruta de los hechos (como si se redujeron éstos a fruto de una simple inevitabilidad histórica).

27. Cf. [Varios Autores,] *Les droits de l'homme - bien universel ou fruit de la culture occidentale?* (Colloque de Chantilly/France, marzo de 1997), Avignon, Institut R. Schuman pour l'Europe, 1999, pp. 49 y 24.

trario de lo que pregonan los voceros del llamado - y distorsionado - "relativismo cultural", las manifestaciones culturales (al menos las que se conforman con los estándares universalmente aceptados de tratamiento del ser humano y de respeto a sus muertos) no constituyen obstáculos a la prevalencia de los derechos humanos, sino todo al revés: el *substratum* cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales - como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes - son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide²⁸ de la universalidad de los derechos humanos.

IV. La Prevalencia del Derecho a la Verdad, en Respeto a los Muertos y a los Vivos.

29. Varios pueblos de América Latina han, en su historia reciente, conocido y sufrido el flagelo y crueldad de la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extra-legales, y las desapariciones forzadas de personas²⁹. La búsqueda de la verdad - como lo ilustran los casos de desaparición forzada de personas - constituye el punto de partida para la libertación así como la protección del ser humano; sin la verdad (por más insuportable que ésta venga a ser) no es posible libertarse del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos.

30. En efecto, la prevalencia del derecho a la verdad configúrase como una *conditio sine qua non* para hacer efectivos el derecho a las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), reforzándose todos mutuamente, en beneficio de los familiares inmediatos de la persona desaparecida. El derecho a la verdad se reviste, así, de dimensiones tanto individual como colectiva.

28. Para evocar un imagen muy propio de la rica cultura maya.

29. A los cuales se agregan atrocidades y actos de genocidio contemporáneos en otros continentes, como el europeo (v.g., ex-Yugoslavia) y el africano (v.g., Ruanda), - además de violaciones masivas de derechos humanos en el Medio Oriente y el Extremo Oriente.

31. Tiene, en mi entender, una dimensión más amplia de la que se pueda *prima facie* desprender del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Más allá del enunciado en aquella disposición³⁰, que inspiró otras disposiciones congéneres de distintos tratados de derechos humanos, el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos. El ocultamiento de los restos mortales de una persona desaparecida, en una flagrante falta de respeto a los mismos, amenaza romper el lazo espiritual que vincula los muertos a los vivos, y atenta contra la solidaridad que debe guiar los rumbos del género humano en su dimensión temporal.

32. En cuanto a la construcción jurisprudencial del derecho a la verdad, se puede verificar un avance entre lo señalado al respecto por la Corte en el caso *Castillo Páez* (Sentencia de fondo, del 03.11.1997)³¹, y lo ponderado en la presente Sentencia sobre el fondo en el caso *Bámaca Velásquez* (párrs. 198-199). El derecho a la verdad requiere, sí, la investigación por el Estado de los hechos lesivos, y su prevalencia constituye, además, como ya observado, el presupuesto para el propio *acceso* efectivo a la justicia - a niveles nacional e internacional - por parte de los familiares de la persona desaparecida (las garantías y protección judiciales bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana). Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad³², y se encuentra ineluctablemente ligada a la propia rea-

30. Según el cual "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

31. En el cual la Corte caracterizó el derecho a la verdad como "un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial", ligado al deber estatal de investigar los hechos que produjeron las violaciones de la Convención Americana (párrs. 86 y 90).

32. Al igual que en otros casos, en la presente Sentencia sobre el caso *Bámaca Velásquez* la Corte Interamericana ha señalado la necesidad de combatir la impunidad (párrs. 211-213), particularmente bajo la obligación general consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana.

lización de la justicia, y a la garantía de no-repetición de aquellas violaciones³³.

33. Para la afirmación de tal derecho, en beneficio de los familiares del desaparecido, no me parece necesario acudir a la doctrina europea contemporánea - a mi modo de ver poco inspirada y aún menos inspiradora - de la así-llamada *protection par ricochet*. Estamos ante un legítimo ejercicio hermenéutico, en perfecta conformidad con las reglas generales de interpretación de los tratados³⁴, mediante el cual se busca asegurar el efecto propio (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Partes, maximizando la salvaguardia de los derechos por ésta protegidos.

34. La propia jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha dado muestras de su entendimiento de dicho ejercicio legítimo de interpretación, extendiendo la protección a situaciones nuevas a partir de los derechos preexistentes. La Corte Interamericana ha oportunamente recordado, en su importante Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 01.10.1999, que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" (párr. 114).

35. En la misma línea de dicha interpretación evolutiva, en su reciente Sentencia de fondo en el caso *Cantoral Benavides* (del 18.08.2000), la Corte Interamericana ponderó³⁵ que, por ejemplo, "ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes", pueden

33. I. Joinet, *Informe Final acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos*, ONU/Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 5-6 y 19-20.

34. Artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

35. En un enfoque también esposado por la Corte Europea de Derechos Humanos.

posteriormente, con el pasar del tiempo, venir a ser considerados "como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección" de los derechos humanos "debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas" (párr. 99, y cf. párrs. 100-104).

36. Tanto en el caso *Cantoral Benavides* (párrs. 104 y 106) como en el presente caso *Bámaca Velásquez* (párr. 158), la Corte estableció, *inter alia*, la violación del artículo 5(2) de la Convención Americana, en razón de las *torturas* sufridas por la víctima *directa* (los Srs. Cantoral Benavides y Bámaca Velásquez, respectivamente). La prohibición de *tratos crueles, inhumanos o degradantes*, en los términos del mismo artículo 5(2) de la Convención Americana, retiene relevancia, como reconoce la Corte en la presente Sentencia, por los padecimientos sufridos por las víctimas *indirectas*, los familiares inmediatos del Sr. Bámaca Velásquez. La prohibición tanto de la tortura como de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, bajo la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos, es absoluta.

37. En efecto, el propio contenido jurídico de la prohibición absoluta de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, en particular, ha tenido un dominio de aplicación ampliado *ratione materiae*, abarcando nuevas situaciones quizás no previstas al momento de su consagración en los tratados de derechos humanos³⁶. Así, la prohibición de dichos tratos ha sido invocada, bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, en casos relativos también a la no-extradición (como el *cas célèbre Soering versus*

36. Por ejemplo, en sus Medidas Provisionales de Protección (del 18.08.2000) en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*, la Corte Interamericana extendió dichas Medidas a derechos otros que los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, de modo a, v.g., impedir la deportación o la expulsión de determinados individuos, y a permitir su retorno y reunificación familiar (párr. 13). Y en las Medidas Provisionales de Protección que la Corte viene de adoptar ayer (24.11.2000), en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, extendió dichas Medidas a desplazados internos en Colombia (punto resolutivo n. 6).

Reino Unido (1989) y a la no-deportación³⁷. Esto se ha logrado mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos del ser humano.

38. La prohibición absoluta de los tratos crueles, inhumanos o degradantes ha experimentado, además, una ampliación también *ratione personae*, abarcando, en determinados casos (como los de desaparición forzada de persona), en cuanto a la titularidad de derechos, también los familiares de la víctima directa (en su condición de víctimas indirectas - cf. *supra*). Así, la Corte Interamericana ha establecido correctamente que, en circunstancias como las del presente caso *Bámaca Velásquez*, las víctimas son tanto la persona desaparecida como sus familiares inmediatos.

39. Ya en ocasiones anteriores, como en el caso *Blake* (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22.01.1999), y en el caso de los "*Niños de la Calle*" (Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de la *ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos (en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. Persistía, sin embargo, la necesidad de desarrollar, como he buscado hacer en este Voto Razonado, la cuestión de los vínculos y lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos, formando la unidad del género humano, con el respeto debido a unos y a otros, para lo que se impone la prevalencia del derecho a la verdad.

37. Sobre tal aplicación extensiva de la prohibición absoluta de los tratos inhumanos o degradantes, cf., v.g., H. Fourteau, *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne des États membres*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 211-265. - Del mismo modo, el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre el respeto a la vida privada y familiar, ha tenido una interpretación y aplicación expandidas *ratione materiae* a casos referentes a, v.g., no-deportación (como, por ejemplo, los importantes casos *Moustaquim versus Bélgica*, 1991, y *Beldjoudi versus Francia*, 1990); R. Cholewinski, "Strasbourg's 'Hidden Agenda?': The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", 12 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 287-306.

40. La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar³⁸), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, *jurisprudence constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Antônio A. Cançado Trindade
Juez



Manuel E. Ventura Robles
Secretario

38. Como se ha claramente declarado en testimonios en audiencias públicas referentes a varios casos contenciosos ante la Corte Interamericana en los últimos años.