

El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas (*)

Por Antonio Augusto Cançado Trindade (**)

SUMARIO:

I. Prolegómeno.– II. Sujeto de los derechos violados y sujeto del derecho a la reparación.– III. *Neminem laedere*: conceptos sobre reparación de los “padres fundadores” del derecho de las naciones (*droit des gens*).– IV. El surgimiento de la responsabilidad del Estado y el *rationale* del deber de reparar.– V. Un todo indisoluble: la violación del derecho internacional y el cumplimiento del deber de reparar los daños.– VI. La centralidad de las víctimas en la protección de los derechos humanos y sus implicancias en materia de reparaciones.– VII. El aporte de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (CIDH y CEDH).– VIII. *Neminem laedere* y reparación a los individuos por daños morales.– IX. Importancia de la rehabilitación de las víctimas.– X. Epílogo: reflexiones finales

I. PROLEGÓMENO

En su reciente sentencia del 19/6/2012 sobre reparaciones en el caso “A. S. Diallo” (“Guinea v. R. D. del Congo”), la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o la Corte) ordenó reparar los daños sufridos como individuo por el Sr. A. S. Diallo (derivados de la detención y de la expulsión arbitrarias de su país de residencia), establecidos en la decisión anterior de la Corte sobre el fondo (30/11/2010), conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12.4), así como de acuerdo con la Convención de Viena sobre relaciones consulares (derecho a la información sobre asistencia consular, art. 36.1.b). Además, al ordenar, por último, indemnizar debidamente al Sr. A. S. Diallo, como

resultado de los daños que sufrió (párr. 57), la CIJ tomó en cuenta –con acierto– la experiencia de otros tribunales internacionales contemporáneos en materia de reparación de daños.

Entre esos tribunales es de particular importancia la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (en particular, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, Corte IDH] y de la Corte Europea de Derechos Humanos [en adelante, Corte Europea]), tal como pretendí demostrarlo en el voto concurrente que presenté, como anexo a la sentencia de la CIJ. Si bien estuvo de acuerdo con la mayoría de ésta en cuanto a la determinación de las reparaciones, hubo algunos puntos, no totalmente reflejados en el razonamiento de la CIJ, sobre los que me sentí obligado a detenerme en

(*) Traducido por Sergio A. Militello. Abogado y traductor.

(**) Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Profesor emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia. Doctor *honoris causae* de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya y del *Institut de Droit International*. Profesor honorario de la Universidad de Utrecht.

mi voto, a fin de clarificar el tema considerado y los fundamentos de mi posición personal al respecto. Uno de los puntos claves se vinculaba con la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional contemporáneo y, consecuentemente, como *titulaires* del derecho a la reparación de los daños que hubieran sufrido.

Este artículo surge de mi ya mencionado voto concurrente en la sentencia sobre reparaciones del caso “A. S. Diallo”, que promovió una decisión sin precedentes en la historia de la Corte. Mis reflexiones conciernen a una serie de puntos interrelacionados, también, en niveles conceptuales y epistemológicos, es decir: a) el sujeto de los derechos violados y el sujeto del derecho a las reparaciones; b) *neminem laedere*: los conceptos sobre reparaciones de los “padres fundadores” del derecho de las naciones (*droit des gens*); c) el surgimiento de la responsabilidad del Estado y el *rationale* del deber de reparar; d) un todo indisoluble: violación del derecho internacional y cumplimiento del deber de reparar los daños; e) la centralidad de las víctimas en la protección de los derechos humanos y sus implicancias en materia de reparaciones, y las distintas formas de estas últimas; f) la evaluación del aporte de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos (en particular, de la Corte IDH y de la Corte Europea); g) *neminem laedere* y reparación de daños morales a los individuos y h) la importancia de la rehabilitación de las víctimas. Sólo después de haber expuesto dichos puntos, el camino estará allanado para formular, en el epílogo, mis reflexiones finales sobre el tema.

II. SUJETO DE LOS DERECHOS VIOLADOS Y SUJETO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN

En su sentencia sobre el fondo (del 30/11/2010) en este caso “A. S. Diallo” (“Guinea v. R. D. del Congo”), la Corte declaró la violación de los de-

rechos del Sr. A. S. Diallo “como individuo” (párr. 34), es decir, sus derechos conforme a los arts. 13, PIDCyP, y 12.4, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, además de su derecho a la información sobre asistencia consular de acuerdo con el art. 36.1.b, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1). Ésta fue la primera vez en su historia que la Corte declaró violaciones de los derechos humanos, conforme a dos tratados de derechos humanos, además de la importante cláusula del aludido Tratado de Viena de 1963.

El sujeto de los derechos violados en el caso *d’espèce* era un ser humano, el Sr. A. S. Diallo, no un Estado. De igual modo, el sujeto del correspondiente derecho a la reparación era un ser humano, el Sr. A. S. Diallo, no un Estado. Diallo es el *titulaire* de este último derecho y el beneficiario de la reparación ordenada por la Corte en esta sentencia. En su decisión previa sobre el fondo, la Corte refirió a la reparación –bajo la forma de compensación– “debida a Guinea por el daño sufrido por el Sr. Diallo” (párr. 161). También refirió, después, a la compensación debida por la R. D. del Congo a Guinea, “por el daño emergente de las ilegítimas detenciones y expulsión del Sr. Diallo en 1995-1996, incluyendo la pérdida de sus pertenencias” (párr. 163).

En el siguiente trámite de reparaciones (sólo etapa escrita), Guinea, en su memorial del 6/12/2011, hizo mención, repetidas veces, a los daños (2), las lesiones (3) o los perjuicios (4) sufridos por el Sr. Diallo, y a la discriminación (5) y la arbitrariedad (6) que éste padeció. También aludió a las violaciones de las obligaciones de derechos humanos cometidas por el Congo (7). Este último, por su parte, en su *contestación del memorial*, del 21/2/2012, reconoció las lesiones (8) y los daños (9) soportados por el Sr. Diallo. Las partes en disputa acordaron, así, las reparaciones debidas

(1) Parte dispositiva, puntos 2, 3 y 4.

(2) Párrs. 16 y 48 y cfr. párr. 63.

(3) Párrs. 35 y 47 y cfr. párr. 62.

(4) Párr. 24.

(5) Párr. 43.

(6) Párr. 61.

(7) Párr. 21.

(8) Párrs. 2, 4 y 1.05.

(9) Párrs. 1.05 y 1.44.

a la víctima por las violaciones a los derechos humanos que sufrió. El titular de los derechos violados y el beneficiario de las reparaciones debidas era el individuo en cuestión: el Sr. A. S. Diallo.

Concordemente, Guinea, en su *memorial*, invocó jurisprudencia reciente del sistema interamericano de derechos humanos, relacionada con Haití (10). De su lado, la R. D. del Congo, en su *contestación del memorial*, arguyó y examinó una serie de decisiones de la Corte IDH y de la Corte Europea (11) poniendo énfasis en su importancia para la determinación de la “compensación por daños no pecuniarios sufridos por individuos” (12). También se encargó de acentuar que consideraba adecuado aprovechar la jurisprudencia de las antedichas Cortes, pues los dos sistemas regionales de protección de los derechos humanos en los que están insertas “son los más antiguos y mejor desarrollados del mundo y los que tienen abundante práctica en fijar compensaciones para reparar los daños no pecuniarios que resultan de las detenciones ilegítimas y prolongadas de personas físicas por ciertos Estados. A la luz de la jurisprudencia de estas dos cortes internacionales, el demandado someterá su propuesta a la Corte en relación al monto compensatorio que considere razonable y proporcionado en relación a los daños no pecuniarios sufridos por el Sr. Diallo” (13).

En su sentencia sobre reparaciones en el caso “A. S. Diallo”, la Corte recordó las comprobaciones que había realizado en su decisión previa de fondo (párr. 163), en la cual el monto de la compensación debida al Sr. A. S. Diallo se fundó en el daño sufrido por su “detención y expulsión ilegítimas” en 1995-1996 y la “consecuente pérdida de sus pertenencias” (párr. 11). Todo el razonamiento de la Corte se desarrolló sobre la base de los daños sufridos por el Sr. A. S. Diallo, según lo estableció en la antedicha decisión sobre el fondo. En la sentencia de reparaciones, la Corte reiteró su posición en cuanto a que los daños fueron causados al Sr. A. S. Diallo, la víctima individual (párr. 57), no a su Estado de nacionalidad u origen.

El hecho de que el régimen de arreglo de disputas por la CIJ esté pensado –según surge de su *interna corporis*– para Estados no significa que las decisiones de aquélla y sus fundamentos correspondientes deban invariablemente limitarse a un enfoque estrictamente interestatal. En absoluto; los casos varían considerablemente en su contenido y, a través de las últimas décadas, algunos han atendido directamente a la situación de los individuos. Tuve la oportunidad de señalar lo antedicho en mi voto (párrs. 78-79) en la reciente opinión consultiva de la Corte (del 1/2/2012) “Judgment n. 2867 of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development”, y volví a hacerlo en mi más reciente y ya recordado voto en “A. S. Diallo” (reparaciones).

Ejemplos notables en tal sentido se encuentran, v.gr., en los siguientes casos de la CIJ: “Nottebohm” (“Liechtenstein v. Guatemala”, 1955, sobre doble nacionalidad); “Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants” (“The Netherlands v. Sweden”, 1958); “Trial of Pakistani Prisoners of War” (“Pakistan v. India”, 1973); “Hostages” (U. Diplomatic and Consular Staff in Tehran case) (“United States v. Iran”, 1980); “East-Timor” (“Portugal v. Australia”, 1995); “Application of the Convention against Genocide” (“Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia”, 1996); “Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria” (1996); “Armed Activities on the Territory of the Congo” (“D. R. Congo v. Uganda”, 2000); los tres casos sucesivos vinculados a la asistencia consular, a saber, “Breard” (“Paraguay v. United States”, 1998), “LaGrand” (“Germany v. United States”, 2001) y “Avena and Others” (“Mexico v. United States”, 2004); “Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite” (“Belgium v. Senegal”, providencia de 2009); “Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” (“Georgia v. Russian Federation”, 2011); “Temple of Preah Vihear” (“Cambodia v. Thailand”, providencia de 2011) y “Jurisdictional Immunities of the State” (“Germany v. Italy”, 2010-2012).

(10) Párr. 30.

(11) Párrs. 1.07 a 1.43.

(12) Párr. 1.47, y cfr. párr. 1.41.

(13) Párr. 1.07.

La insuficiencia –si no, artificialidad– de la visión exclusivamente interestatal de los procedimientos ante la CIJ se ha vuelto manifiesta, a la luz de la naturaleza misma de algunos de los casos contenciosos que le fueron sometidos. Lo mismo surge de su función consultiva, según lo ilustran sus dos últimas opiniones consultivas: “Declaration of Independence of Kosovo” (2010) y la ya citada “Judgment n. 2867 of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the IFAD” (2012). A pesar de las limitaciones de la concepción interestatal de su régimen operativo, la Corte puede al menos dar a conocer que está preparada para *razonar* a la luz del progresivo desarrollo del derecho internacional contribuyendo, así, a éste más allá de la desactualizada visión interestatal.

En efecto, en el presente caso “A. S. Diallo”, los pronunciamientos de la Corte sobre el fondo de la cuestión y, luego, sobre las reparaciones, muestran claramente que sus decisiones y su razonamiento han ido correctamente más allá de la encorsetada dimensión interestatal. Hay circunstancias en las que la Corte está obligada a hacerlo, en fiel ejercicio de su función judicial, en casos vinculados a distintos aspectos de la condición de los individuos. Después de todo, las violaciones al Derecho Internacional son perpetradas no sólo en detrimento de los Estados sino también de los seres humanos, sujetos de derechos –y titulares de obligaciones– que emanan directamente del derecho internacional mismo. Hace mucho tiempo que los Estados han perdido el monopolio de la personalidad jurídica internacional.

Los individuos –al igual que los Estados y las organizaciones internacionales– son sujetos del derecho internacional. La violación de sus derechos da lugar a la obligación de disponer reparaciones para ellos. Este es, precisamente, el caso del Sr. A. S. Diallo; el presente litigio es testigo elocuente de ello y de los límites impuestos por el dere-

cho internacional contemporáneo al voluntarismo estatal. Los Estados no pueden disponer de los seres humanos de la forma que quieran, sin importar sus derechos reconocidos en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos; si violan los derechos contenidos en este último, deben soportar las consecuencias emergentes, en particular, la ineludible obligación de brindar reparación a las víctimas individuales.

III. NEMINEM LAEDERE: CONCEPTOS SOBRE REPARACIÓN DE LOS “PADRES FUNDADORES” DEL DERECHO DE LAS NACIONES (*DRÖIT DES GENS*)

El deber de reparar tiene raíces históricas profundas, que se remontan a los orígenes del derecho de las naciones: estaba, de hecho, en la mente de los “padres fundadores” de nuestra disciplina, según surge de sus clásicos escritos, que sobrevivieron a los ataques del tiempo. El presente caso “A. S. Diallo”, único en la historia de la CIJ –tal como lo señalé en mi voto en la sentencia de mérito–, parece resultar una invitación para embarcarse hacia el rescate de la originaria idea sobre el deber de reparación. En efecto, en su celebrada segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), Franciscus de Vitoria formuló una proposición a fin de que “el enemigo que ha causado el daño esté obligado a dar toda la reparación” (14); hay un deber, incluso en medio de hostilidades armadas, a restituir las pérdidas y brindar la reparación por “todos los daños” (15).

Nos encontrábamos, así, en el reino del *ius gentium*, el derecho de las naciones, de todos los pueblos, donde el derecho de reparación era reconocido (16). Las normas de ese emergente derecho de las naciones debían ser “justas y adecuadas para todas las personas”; los daños causados por actos ilícitos debían ser evaluados a fin de proveer a su reparación y a la indemnización de las pérdidas (17). Según el entendimien-

(14) Loc. cit. *infra* n. 16, apéndice B: Franciscus de, Vitoria, “Second Relectio – On the Indians [De Indis] [1538-1539]”, reed., Ed. Clarendon - H. Milford, Oxford, London, 1934, p. LV.

(15) Franciscus de, Vitoria, “Second Relectio...”, cit., p. LV; y cfr. Vitoria, Franciscus de, “Reelección segunda - De los indios [1538-1539]”, en Urdanoz, T. (ed.), “Obras de Franciscus de Vitoria - Reelecciones teológicas”, Ed. BAC, Madrid, 1955, p. 827.

(16) Brown Scott, J., “*The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*”, Ed. Clarendon - H. Milford, Oxford - London, 1934, ps. 140, 150, 163 y 165.

(17) Brown Scott, J., “*The Spanish Origin...*”, cit., ps. 172 y 210-211.

to de F. de Vitoria, la reparación de daños debía darse en las disputas entre los Estados, entre grupos o entre individuos, es decir, en todas las disputas. Él entendía la comunidad internacional de Estados (emergentes) como “coextensiva con la humanidad”; tal reparación correspondía, en su concepción, a “una necesidad internacional” (18).

Hugo Grocio, por su parte, dedicó un capítulo entero de su *De jure belli ac pacis* (1625) a la obligación de reparar daños (libro II, cap. 17) (19). Según su óptica, no era necesario que la “parte dañada” fuera un Estado; se refirió a las distintas clases de daño causados por violaciones de “derechos que nos afectan” o por “pérdidas sufridas por negligencia”; tales daños o pérdidas generan la obligación de reparar (20). En su concepción del *ius gentium* –el (emergente) derecho de las naciones–, Hugo Grocio hizo foco en lo razonable, en los dictados de la razón, teniendo en mente también las necesidades comunes y, finalmente, la sociedad humana universal.

Samuel Pufendorf, de igual modo, en su *Elementorum jurisprudentiae universalis - Libri duo* (1672), aseveró que sea quien fuere el que cause el daño mediante un acto ilícito, debía “reparar” y “restablecer en la medida en que hubiere contribuido al daño” (21). Desde este deber de reparación, cada uno está obligado a reparar el daño que causó, “a restituir el todo”, sobre la base del derecho natural (22). En su obra *On the Duty of Man*

and Citizen (“Sobre el deber del hombre y del ciudadano”, 1673), S. Pufendorf sostiene que quien ha sufrido una pérdida o daño no puede vivir en paz con el malhechor, sin compensación; de allí la necesidad de reparación. El derecho natural, atento a lo social (*sociabilis*), condenaba la venganza (23). “La equidad natural” establecía la “obligación de restituir” el daño o pérdida hecho con dolo o culpa (24).

Por su parte, Christian Wolff sostuvo, en su *ius gentium methodo scientifica pertractatum* (1764), que sea quien fuere el que causó la pérdida o el daño “a un ciudadano o sujeto de otro Estado” está “obligado a repararlo”; lo mismo se aplica en las relaciones entre las naciones, donde “la pérdida causada debe ser reparada” (25). Todo acto ilícito internacional –agregó– implica el deber de reparar o de restituir la pérdida (26). En sus *Principes du droit de la nature et des gens* (1758) situaba el deber de brindar reparación por el daño causado en el campo del pensamiento del derecho natural (27).

A las recordadas ideas sobre el tema en debate de F. de Vitoria, H. Grocio, S. Pufendorf y C. Wolf podrían agregarse otras, tales como las de Alberico Gentili (*De jure belli*, 1598) y de Francisco Suárez (*De legibus ac deo legislatore*, 1612), en cuanto a la necesidad de un sistema legal que regulara las relaciones de los miembros de la *societas gentium* universal. También el criterio seguido por

(18) Brown Scott, J., “*The Spanish Origin...*”, ps. 282-283; y cfr. también: Association Internationale Vitoria-Suarez, “Vitoria y Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne”, Ed. Pedone, Paris, 1939, ps. 73-74, y cfr. ps. 169-170.

(19) Grotii, Hugonis, “*De iure belli ac pacis [1625] - Liber secundus*”, Ed. M. Nijhoff, La Hague, 1948, caput XVII, ps. 79-82.

(20) Grotii, Hugonis, “*De iure...*”, cit., ps. 79-80, párrs. I y VIII-IX; y cfr. Grocio, Hugo, “*Le droit de la guerre et de la paix (1625)*”, reed., Ed. PUF, Paris, 2005, ps. 415-416 y 418, párrs. I y VIII-IX.

(21) Pufendorf, Samuel, “*Elementorum jurisprudentiae universalis - Libri duo [1672]*”, reed., Ed. Clarendon - H. Milford, Oxford - London, 1931, ps. 264-265.

(22) Pufendorf, Samuel, “*Elementorum jurisprudentiae...*”, cit., p. 266. (23) Pufendorf, Samuel, “*On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law [1673]*”, 5ª reimpr., Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, libro I, cap. 6, ps. 56-57 y 60.

(24) Pufendorf, Samuel, “*On the Duty...*”, cit., ps. 58-59; y cfr. Pufendorf, Samuel, “*Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural [1673]*”, reed., Ed. Liberty Fund - Topbooks, Río de Janeiro, 2007, libro I, cap. 6, ps. 152-153 y 156.

(25) Wolff, Christian, “*Jus gentium methodo scientifica pertractatum [1764]*”, reed., Ed. Clarendon - H. Milford, Oxford - London, 1934, p. 162, párrs. 318-319.

(26) Wolff, Christian, “*Jus gentium methodo...*”, cit., ps. 408 y 425, párrs. 789 y 821.

(27) Wolff, Christian, “*Principes du droit de la nature et des gens [1758]*”, reed., vol. 3, Ed. Presses Universitaires de Caeg, Caeg, 2011, libro IX, cap. VI, ps. 293-294 y 296, párrs. II, IV y XIII.

Cornelius van Bynkershoek (*De foro legatorum*, 1721; *Questiones juris publici - Libri duo*, 1737), por el mantenimiento de la multiplicidad de sujetos del *ius gentium* (naciones, pueblos, personas). En general, la atención hacia la condición común de la humanidad era propia del derecho natural, el cual, con la *recta ratio*, proveía las bases para la regulación de las relaciones humanas con el debido respeto por el derecho de los demás (28). El derecho a la reparación respondía a una *necesidad internacional*, de conformidad con la *recta ratio*, sea que los beneficiarios fueran Estados (emergentes, por aquellos días), pueblos o individuos.

Después de las obras de S. Pufendorf y C. Wolff, el pensamiento jurídico internacional se embarcó en el sendero reduccionista del *ius inter gentes*, conforme una visión interestatal mucho más estricta. La yuxtaposición de las soberanías absolutas de los Estados llevó a excluir de ese orden jurídico a los individuos como sujetos de derechos (*titulaires de droits*). En el nivel internacional, los Estados asumieron el monopolio de la condición de sujetos de derechos; a los individuos, para su protección, se los dejó a entera merced de la intermediación discrecional de sus Estados-nación. El orden jurídico internacional así erigido –que los excesos del positivismo jurídico trataron en vano de justificar– excluyó de sí precisamente el destinatario último de las normas jurídicas: el ser humano.

Sin embargo, las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de las naciones jamás se desvanecieron. Las sucesivas violaciones de derechos de la persona humana (algunas a escala masiva) despertaron la conciencia humana sobre la necesidad de restablecer al ser humano en la posición central de la que había sido indebida-

mente desplazado por el pensamiento exclusivamente interestatal que prevaleció en el siglo XIX. La reconstrucción, con fundamentos humanos, desde mediados del siglo XX en adelante, tomó como base conceptual los cánones del ser humano como sujeto de derechos (*titulaires de droits*), la garantía colectiva de realización de estos últimos y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y de realización de los valores superiores comunes. El individuo volvió a ser percibido como sujeto del derecho a la reparación de los daños sufridos.

IV. EL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL RATIONALE DEL DEBER DE REPARAR

En efecto, desde fines del siglo XIX, algunos juristas tuvieron la intuición de detenerse sobre la reparación de daños por actos ilícitos internacionales, incluso antes de la llegada de la era de los tribunales internacionales (contemporáneos). Escribieron dentro de esquemas teóricos distintos. Uno de los primeros en hacerlo fue Dionisio Anzilotti. Por un lado, sus opiniones sobre el estatus legal de los individuos (reconocido por él sólo en el derecho positivo interno) (29) se volvió rápida y totalmente inaceptable, incluso en la doctrina jurídica emergente en su época; esto se debió, en gran medida, al establecimiento gradual de contactos directos entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional (como, p. ej., la jurisprudencia pionera de la Corte Centroamericana de Justicia [1907-1917] seguida por la opinión consultiva de 1928 de la Corte Permanente de Justicia Internacional [en adelante, CPJI] sobre la jurisdicción de las Cortes de Danzig [“Jurisdiction of the Courts of Danzig”, 1928] y el gradual reconocimiento del acceso de los individuos a la justicia internacional) (30).

(28) La *recta ratio* yace en la base del derecho de las naciones, estando el espíritu de justicia en línea con el pensamiento del derecho natural; esta tendencia del pensamiento del derecho natural siempre ha valorado mucho la realización de la justicia, de acuerdo con el “superior valor de la justicia”. Foriers, Paul, “L’organisation de la paix chez Grotius et l’école de droit naturel (1961)”, Ed. J. Vrin, Paris, 1987, ps. 293 333, 373 y 375 (reedición de un estudio publicado originariamente en: “*Recueil de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*”, vol. 15, parte II, Ed. Encyclopédique, Bruxelles, 1961).

(29) Anzilotti, Dionisio, “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de Droit international public*, n. 13, 1906, ps. 5-6 y 8.

(30) Cançado Trindade, Antônio A., “El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos”, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, ps. 9-104; Cançado Trindade, Antônio A., “El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión”, ED. Cecoh - Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, ps. 61-407;

Por otro lado, una segunda cuestión por la que D. Anzilotti expresó su interés, esto es, la obligación de reparar los daños resultantes de las violaciones al derecho internacional a fin de preservar la integridad del orden jurídico internacional, parece mantener actualidad después de un siglo. En efecto, ya en 1902, en su libro “Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale”, evaluó, en su conceptualización, que una violación al derecho internacional (proveniente de un acto antijurídico, *un factum contra ius*) genera responsabilidad (31); de ahí la necesidad de cesar tal violación (en cuanto a sus efectos) y disponer la reparación del daño (32). Y agregó que “*il neminem laedere è norma giuridica fondamentale nei rapporti degli Stati come in quelli degli individui*” (“el *neminem laedere* es norma jurídica fundamental en las relaciones entre los Estados así como en las de los individuos”) (33).

Cuatro años más tarde, D. Anzilotti hizo hincapié en que todo “acto contrario al Derecho Internacional” implica responsabilidad internacional (34). A su juicio, un “acto ilícito internacional” es un acto “en oposición con el Derecho Internacional objetivo”; así, “le caractère illicite d’un acte dérive toujours de son opposition avec le droit objectif” (“el carácter ilícito de un acto siempre deriva de su oposición con el derecho objetivo” [N. del T.] (35). El daño –sustuvo– siempre está comprendido implícitamente en el “carácter antijurídico del acto” (36). Y acotó, con criterio, que “tout acte accompli par un sujet contrairement à la règle [de droit] entraîne en conséquence l’obligation de rétablir, sous une forme quelconque, l’ordre juridique troublé par lui. La violation de l’ordre juridique international comise par un État soumis à cet ordre donne ainsi

naissance à un devoir de réparation, qui consiste en général dans le rétablissement de l’ordre juridique troublé” (“todo acto ejecutado por un sujeto, contrario a las normas [de derecho] conlleva como consecuencia la obligación de reparar, bajo la forma que fuere, el orden jurídico turbado por él. La violación del orden jurídico internacional cometida por un Estado sometido a tal orden da nacimiento, así, al deber de reparar, que consiste en general en el restablecimiento del orden jurídico turbado” [N. del T.] (37).

En los años que siguieron fue generalizándose la aceptación del deber de reparar como perteneciente al derecho internacional general o consuetudinario. Otro teórico del derecho internacional, Hans Kelsen, se esmeró en vano por cuestionar lo antedicho. En 1932, deteniéndose en la reparación, construyó su conceptualización dentro del corsé de la *dimensión exclusivamente interestatal*. Adoptó una postura, aislada ya en esos días, en el sentido de que el deber de reparar (cuyo cumplimiento, en su opinión, evitaría recurrir a la fuerza, a la retorsión o a las represalias), requeriría necesariamente un *acuerdo* previo entre los Estados involucrados (38). H. Kelsen no advirtió el reconocimiento general, ya perceptible en su época, de que ese deber era de derecho internacional general o consuetudinario y no podía quedar, *tout court*, sometido a la voluntad individual de los Estados. La *opinio iuris communis* estaba por encima de la voluntad de cada Estado.

Sin embargo, igual que como sucedió con la teoría de D. Anzilotti, en la de H. Kelsen hay una preocupación que parece haber subsistido hasta la fecha, conservando su vigencia: la reparación no puede “borrar” la violación al derecho

Cançado Trindade, Antônio A., “The Access of Individuals to International Justice”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2011, ps. 1-236.

(31) Anzilotti, Dionisio, “*Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*”, parte I, Ed. F. Lumachi, Firenze, 1902, ps. 75, 78 y 102-103.

(32) Anzilotti, Dionisio, “*Teoria generale...*”, cit., ps. 95-97 y 100-101.

(33) Anzilotti, Dionisio, “*Teoria generale...*”, cit., p. 99.

(34) Anzilotti utilizaba en forma indistinta los términos *acte* (acto) y *fait de l’État* (hecho del Estado); cfr. Anzilotti, Dionisio, “*La responsabilité...*”, cit. en n. 29, ps. 292 y 296.

(35) Anzilotti, Dionisio, “*La responsabilité...*”, cit., p. 14.

(36) Anzilotti, Dionisio, “*La responsabilité...*”, cit., p. 13.

(37) Anzilotti, Dionisio, “*La responsabilité...*”, cit., p. 13.

(38) Kelsen, Hans, “Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 12, 1932, ps. 481-608.

internacional ya cometida, pero bien puede evitar las consecuencias negativas del acto ilícito (v.gr.: el recurso a la fuerza o represalias de parte del Estado afectado). En palabras del mismo Kelsen, al detenerse sobre la reparación, “[i]hr Sinn liegt nicht darin, dass durch sie –wie ihr Name sagt– ein begangenes Unrecht wieder ‘gut’ gemacht wird, denn dies ist unmöglich. Der einmal gesetzte Unrechtstatbestand kann nicht aus der Welt geschafft werden. Sondern ihr Sinn liegt darin, dass durch sie kraft Rechtsens der Eintritt der Unrechtsfolge ausgeschaltet wird” (“[s]u significado no radica en el hecho de que mediante tal reparación –como su nombre lo indica– se repare un mal ya causado, pues esto es imposible. No se puede hacer desaparecer del mundo a la conducta indebida. Su significado radica en el hecho de que mediante ella, por regla, se impiden las consecuencias del mal” (39).

La reparación, en la visión de H. Kelsen, contribuiría, por ende, no sólo a la justicia, sino también a la paz –un tema que más tarde, hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, atraería su atención (40)–. Además, admitió que la reparación (de daños materiales e inmateriales) podía adoptar distintas formas (41). Sobre la obligación de reparar no escapó a su atención el célebre *dictum* de la CPJI en el caso “Chorzów Factory” (sent. del 26/7/1927) (42). Sin abandonar su enfoque interestatal, en sus conferencias en la academia de La Haya de 1953 concedió, en cuanto a la obligación de reparar, que “comprobada por un tribunal internacional la violación de una obligación internacional, aquél debe ordenar la reparación del daño causado” (43).

A pesar de las limitaciones de la tradicional visión interestatal, el fundamento de la reparación comenzó a atraer una atención creciente y su esquema conceptual fue dándose gradualmente.

La CPJI contribuyó mucho a ello, al considerar la obligación de reparar, en el antes citado caso “Chorzów Factory”, como un principio de derecho internacional y un “complemento indispensable” del acto ilícito, para borrar todas las consecuencias de este último (v.gr., disponiendo una reparación plena). En efecto, el apoyo al deber de reparar llegó desde distintas corrientes de opinión.

Hubo quienes sostuvieron, a principios del siglo XX, que dicho deber se originaba en los postulados de derecho internacional. Entre los aludidos estaba Paul Fauchille, quien en 1922, lúcidamente, evaluó que las normas que rigen la responsabilidad de los Estados en cuanto a reparaciones “se resumen en la idea de derecho natural de que todo hecho que causa un daño a otro importa la obligación de reparar, por el autor de la falta. Esta idea se aplica en el Derecho Privado en las relaciones entre los individuos; no hay motivos para no aplicarla también en las relaciones que tienen las colectividades entre sí mismas o con los individuos” (44).

Según las circunstancias de cada caso, el deber de reparar los daños puede, entonces, ser cumplido en beneficio de Estados o de individuos, sea quien fuere el perjudicado. En forma paralela al pensamiento iusnaturalista sobre la cuestión, también hubo quienes sostuvieron el deber de reparar en todos los ordenamientos de derecho (positivo), sin el cual esos ordenamientos simplemente no existirían (45).

En todo caso, comenzó a ponerse atención sobre la situación de la víctima como beneficiaria de la reparación, y si había tratados que preveían la reparación, esto era así –a diferencia de lo que presumía H. Kelsen– porque tales tratados habían reconocido un principio preexistente y bien establecido del derecho internacional *consuetudinario*

(39) Kelsen, Hans, “Unrecht und Unrechtsfolge...”, cit., p. 560.

(40) Cfr. Kelsen, Hans, “Peace through Law”, Ed. University of North Carolina, Chapel Hill, 1944, ps. 71-124; y cfr. Kelsen, Hans, “A paz pelo direito [1944]”, reed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2011, ps. 65-114.

(41) Cfr. Kelsen, Hans, “Unrecht und Unrechtsfolge...”, cit., n. 38, ps. 555-560.

(42) Cfr. Kelsen, Hans, “Unrecht und Unrechtsfolge...”, cit., p. 550.

(43) Kelsen, Hans, “*Théorie du droit international public*”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haya, n. 84, 1953, p. 96, y cfr. p. 30.

(44) Fauchille, Paul, “*Traité de droit international public*”, vol. 1, parte I, libr. A., Ed. Rousseau, Paris, 1922, p. 515.

(45) Cfr., p. ej., Reitzer, Ladislav, “La réparation comme conséquence de l’acte illicite en droit international”, Ed. Sirey, Paris, 1938, p. 30.

en tal sentido (46). En la base de este principio, que puede hallarse en todos los ordenamientos jurídicos internos, estaba la “idea filosófica” que “traduce el precepto de Derecho Natural *nemi-nem laedere*” (47). Sea como fuere, la reparación era ya ampliamente reconocida como postulado del derecho internacional consuetudinario, de donde una *prestación* es debida por el causante del daño a la víctima, como reparación por el daño causado, y la víctima tiene el correspondiente derecho a reclamarla (48). Para mediados del siglo XX era posible afirmar, como lo hiciera Hildebrando Accioly, que “[e]l principio general del deber de reparación de daños es unánimemente aceptado en el orden internacional” (49).

Sin embargo, quedaba un largo camino por recorrer, en el progresivo desarrollo de la *reparación* de daños resultantes de actos ilícitos internacionales. Continuó estudiándose el tema –como ocurrió, ya en la era de las Naciones Unidas, en el programa de trabajo de largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional (principalmente en el período 1956-2001)– mayormente en el plano de las relaciones entre los Estados. Mas, con la gradual expansión de la personalidad (y capacidad) jurídica internacional, ineludiblemente acompañada por la correspondiente expansión de la responsabilidad internacional, se sintió la necesidad de considerar la reparación de daños en otros contextos distintos, más allá del estricto esquema interestatal de solución de disputas, el cual se volvió conceptualmente insatisfactorio.

V. UN TODO INDISOLUBLE: LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REPARAR LOS DAÑOS

El dominio de la responsabilidad internacional es

central en el derecho internacional, dado que sin dicha responsabilidad el sistema jurídico internacional no existiría. El deber de reparación plena es el complemento inmediato e indispensable de un acto ilícito internacional, para cesar todas las consecuencias que de ahí se sigan y para asegurar el respeto por el orden jurídico internacional (50). El deber de reparar, en el ámbito de la responsabilidad internacional, está ligado a la subjetividad en el derecho internacional, que se sigue de la condición de ser sujeto de derechos y titular de deberes en el derecho de la naciones (*droit des gens*) (51). El advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional contemporáneo tuvo el impacto de clarificar todo este tema, no dejando dudas de que los individuos –ya no sólo los Estados– también son sujetos de derechos y titulares de deberes que emanan directamente del derecho internacional (el *droit des gens*) (52).

Empero, el tratamiento a dar a las reparaciones sólo evolucionaría –y de forma considerable– con la llegada del derecho internacional de los derechos humanos, al estar –como lo está– ineludiblemente *orientado hacia la víctima*. El imperativo de cumplir con el deber de reparación no sólo se limitaba a la evitación de sanciones y represalias (como proponía Kelsen –*supra*–) en el nivel interestatal. Más allá de esa ventaja se ubicaba, en el campo de la epistemología jurídica, el imperativo de *realización de la justicia*. Lo que originariamente se veía como ruptura o violación del derecho internacional (sin importar quién lo cometiera) pasó a ser considerado como un *todo indisoluble* con el cumplimiento del deber de reparar (sin importar quién fuera el beneficiario).

Esto es así, sin que importen las circunstancias del caso, en tanto tal imperativo –según mi en-

(46) Personnaz, Jean, “*La réparation du préjudice en droit international public*”, Ed. Sirey, Paris, 1939, ps. 53 y 60.

(47) Personnaz, Jean, “*La réparation...*”, cit., p. 59.

(48) Reitzer, Ladislav, “*La réparation...*”, cit., n. 45, ps. 19, 23, 25, 48 y 213.

(49) Accioly, Hildebrando, “Principes généraux de la responsabilité internationale d’après la doctrine et la jurisprudence”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Hague, n. 96, 1953, p. 415.

(50) Čepelka, Čestmír, “Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain”, Ed. Universita Karlova, Prague, 1965, ps. 15, 17-18, 21-22, 60-61 y 79.

(51) Čepelka, Čestmír, “Les conséquences...”, cit., ps. 15 y 53.

(52) Cançado Trindade, Antônio A., “Évolution du droit international au droit des gens - L’accès des particuliers à la justice internationale: le regard d’un juge”, Ed. Pedone, Paris, 2008, ps. 1-187.

tender— toca los fundamentos del derecho internacional. Pronto encontraría el reconocimiento de la Corte de La Haya (tanto de la CPJI cuanto de la CIJ). De tal modo, tan temprano como en 1927-1928, en el antes mencionado caso “Chorzów Factory”, la CPJI invocó un precepto de derecho internacional consuetudinario que refleja un principio fundamental del derecho internacional, en el sentido de que “la violación de un compromiso implica la obligación de reparar de forma adecuada. La reparación, por lo tanto, es complemento indispensable del incumplimiento de una convención” (53). Y la CPJI agregó que tal reparación “debe, en la máxima medida posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido” (54). Además, tal como lo recordé en la disidencia que formulé en una reciente sentencia de la CIJ (“Jurisdictional Immunities of the State” [“Germany v. Italy, Greece intervening”], 3/2/2012), “[e]n este caso, vinculado a las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado...* [I] a obligación del Estado de reparar surge ineludiblemente como ‘complemento indispensable’ de esas graves violaciones. Según lo indicara la *jurisprudence constante* de la antigua CPJI, ya en el período entre guerras, esa obligación se rige por el Derecho Internacional en todos sus aspectos (v.gr., alcance, formas, beneficiarios); su cumplimiento no está sujeto a modificación o suspensión por el Estado responsable, mediante la invocación de disposiciones, interpretaciones o alegadas dificultades de su propio derecho interno (CPJI, ‘Jurisdiction of the Courts of Danzig’, opinión consultiva, 1928, ps. 26-27; CPJI, ‘Greco-Bulgarian Communities’, opinión consultiva, 1930, ps. 32 y 35; CPJI, caso ‘Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex’, 1932, p. 167; CPJI, ‘Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory’, 1932, p. 24)” (párr. 241).

La violación del derecho internacional y el consecuente cumplimiento del deber de reparar los daños son dos caras de la misma moneda; for-

man un *todo indisoluble* que no puede ser quebrado sin una indebida invocación de la soberanía del Estado o de la inmunidad estatal. Ésta es la opinión que he sostenido en la antedicha disidencia en “Jurisdictional Immunities of the State” (“Germany v. Italy, Greece intervening”) y que he vuelto a sostener en la última sentencia sobre reparaciones en el caso “A. S. Diallo”: estas últimas son debidas por el Estado responsable a los individuos víctimas, tal como lo ilustran, en mi opinión, ambos casos. El derecho individual a la reparación se encuentra bien establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, según lo demuestra la abundante jurisprudencia sobre la materia, de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

Los tribunales internacionales contemporáneos no pueden olvidar un desarrollo tan significativo de los años recientes. Tal como consideré oportuno advertir en la disidencia que acabo de recordar, carecería de fundamento continuar planteando que el régimen de indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos podría agotarse en el nivel interestatal, “en detrimento de los individuos” involucrados. Después de todo, estos últimos “son los titulares del derecho a la reparación” y “[u]na interpretación del régimen de reparaciones como si perteneciera únicamente al nivel interestatal equivaldría, además, a una concepción del todo equivocada de la posición del individuo en el orden jurídico internacional. En mi concepción, ‘la persona humana se ha emancipado de su Estado, con el reconocimiento de sus derechos, que son anteriores y superiores a éste’” (55) (párrs. 251-252).

De tal modo, el régimen reparador por violaciones a los derechos humanos no podría agotarse en el plano interestatal, dejando finalmente al individuo sin reparación y a merced de la total discrecionalidad del Estado infractor.

El derecho de acceso a la justicia *lato sensu* comprende no sólo el acceso a un tribunal competente (en el plano nacional o internacional) sino

(53) CPJI, caso “Chorzów Factory”, competencia, 1927, p. 21.

(54) CPIJ, caso “Chorzów Factory”, fondo, 1928, ps. 29 y 47-48.

(55) Cançado Trindade, Antônio A., “The Access...”, cit., n. 30, p. 209; Cançado Trindade, Antônio A., “Évolution du droit...”, cit., n. 52, ps. 29 y 146.

también el derecho –y su ejercicio– a un recurso efectivo y a las garantías del debido proceso, para que su causa sea debidamente atendida y resuelta. Comprende, además, las reparaciones debidas a la víctima (siempre que se les deban), en pleno y leal cumplimiento, o ejecución de las sentencias del caso. Luego, conceptualizado debidamente, el derecho de acceso a la justicia forma parte de la protección internacional misma.

En el terreno actual de las reparaciones, como en otros, el derecho internacional contemporáneo –el *ius gentium* de nuestros días– se ha liberado finalmente de las cadenas del estatismo. Los derechos humanos constituyen un fundamento básico del orden jurídico internacional, con la tranquilizadora llegada de la nueva primacía de la *raison d'humanité* por sobre la *raison d'État*. Los Estados son conscientes de que hoy en día están obligados a responder del trato que le dispensan a los seres humanos en sus respectivas jurisdicciones. El presente caso “A. S. Diallo”, decidido por la CIJ con fundamento en tratados de derechos humanos, es testigo de esta tranquilizadora evolución.

Dentro de esta humanizada visión, la *reparatio* (del latín *reparare*, “volver a colocar”) pone fin a todos los efectos de las violaciones al derecho internacional (la violaciones de los derechos humanos) en cuestión y brinda satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas; por medio de las reparaciones, el derecho restablece el orden jurídico quebrado por tales violaciones, un orden jurídico erigido sobre la base del pleno respeto por los derechos inherentes a la persona humana. La plena *reparatio* no “borra” la violación perpetrada contra los derechos humanos, sino que más bien hace cesar todos sus efectos, evitando de esta manera, al menos, la agravación del daño ya causado, además de restaurar la integridad del orden jurídico, así como la de las víctimas.

Uno debe ser consciente de que se ha vuelto un lugar común en los círculos jurídicos –el conocimiento convencional de la abogacía– repetir que el deber de reparar, al resultar una “obligación secundaria”, se configura después de la ruptura del derecho internacional. Éste no es mi criterio; cuando parece que todos piensan igual, es porque nadie está pensando en serio. En mi opinión, la violación y la reparación van de la mano,

conformando un todo indisoluble: esta última es indispensable consecuencia o complemento de la primera. El deber de reparar es una obligación *fundamental* y esto se vuelve más claro si lo miramos desde la perspectiva de la centralidad de las víctimas, que es mi perspectiva. El todo indisoluble que conforman la violación y la reparación no admite ruptura por medio de una invocación indebida –de parte del Estado responsable– de su soberanía o de sus inmunidades, con el fin de evadir la indispensable consecuencia de las violaciones internacionales en las que incurra: las reparaciones debidas a las víctimas.

VI. LA CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS IMPLICANCIAS EN MATERIA DE REPARACIONES

a) Posición central de las víctimas

El derecho internacional mismo, al reconocer los derechos inherentes a la persona humana, desautorizó el arcaico dogma positivista que pretendía, de manera autoritaria, reducir tales derechos a los “admitidos” o “concedidos” por el Estado. Por lo contrario, el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho, tanto en el orden interno cuanto en el internacional, viene finalmente a dar un contenido ético a las normas de ambos ordenamientos jurídicos. Reconoce, además, la necesidad de que todos los Estados –a fin de evitar nuevas violaciones a los derechos humanos– respondan por la manera como tratan a los seres humanos que están bajo su jurisdicción y provean la reparación del daño causado a estos últimos. Los derechos, al ser inherentes a la persona humana y anteriores y superiores al Estado, no se reducen a los que éste, según su sola discreción, esté dispuesto a “admitir” o “conceder” a las personas bajo su jurisdicción.

Los sujetos de derechos y los beneficiarios de las reparaciones, según los tratados de derechos humanos, son los individuos. La *centralidad* de la posición de estos últimos en el presente dominio de protección está bien establecida. Esto responde a una verdadera necesidad de la comunidad internacional misma, que hoy en día busca guiarse por valores comunes superiores. Dicha necesidad fue intuitivamente percibida y proclamada –hace algunas décadas, en la primera mitad del

siglo XX– por André Mandelstam (56) como pionero, Georges Scelle (57) y Charles de Visscher (58). En nuestros tiempos, el creciente reconocimiento por el ordenamiento jurídico internacional de la importancia de las reparaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos es una señal de su madurez, si bien queda un largo camino por recorrer, para incorporar a otras áreas la contribución del derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, el proceso histórico de la *humanización* del derecho internacional, intuitivamente detectado y propuesto, hace algunas décadas, por una generación de iusinternacionalistas con formación humanista (tales como M. Bourquin, A. Favre, S. Sucharitkul y S. Glaser) (59), continuará avanzando (60).

En efecto, nadie en su sano juicio cuestionaría hoy que los individuos son sujetos de derechos y titulares de deberes que surgen directamente del derecho internacional y que los Estados que violen sus derechos deben brindarles la reparación de los daños. En décadas recientes, la comunidad internacional misma ha estimado la *necesidad* de brindar protección a los derechos de los seres humanos que la componen (agrupados bajo distintas formas de organización sociopolítica, sea el Estado u otras), con particular atención sobre aquellos que se encuentren –individualmente o en grupos– en situación de especial vulnerabilidad.

Incluso en determinados casos en los que la ca-

pacidad jurídica internacional de algunos individuos transita por ciertas contingencias debidas a su condición jurídica o de hecho (niños, ancianos, apátridas, entre otros), esto de ningún modo afecta la esencia y fundamental unidad de su personalidad jurídica. Siguen siendo sujetos de los derechos que emergen del *ius gentium* y su intacta capacidad jurídica internacional es la concreta expresión de su inherente dignidad (61). No pueden ser maltratados por quienes detentan el poder público estatal y, si lo fueran, se les debe una reparación. La capacidad jurídica internacional de la persona humana y la protección del derecho permanece intacta, sin importar su condición jurídica o de hecho; su capacidad impone límites al poder estatal.

b) Implicancias en materia de reparaciones

Las implicancias de que los individuos sean sujetos, titulares de las reparaciones que se les deban, vinieron a desafiar los postulados de la doctrina tradicional de la responsabilidad del Estado y, en particular, su artificial e insatisfactoria visión interestatal. Así, hacia fines del último siglo –durante mediados de los años ochenta– el jurista cubano F. V. García Amador criticó la mirada tradicional (que recuerda a E. Vattel) de la responsabilidad internacional que veía a ésta como “una relación jurídica estrictamente entre Estados”; contestaba que ese enfoque tradicional no era apropiado para atender los reclamos de reparaciones por daños a individuos, en supuestos tales

(56) Mandelstam, André N., “*Les droits internationaux de l’homme*”, Ed. Internationales, Paris, 1931, ps. 95-96, 103 y 138.

(57) Scelle, Georges, “*Précis de droit des gens - Principes et systématique*”, parte I, Ed. Sirey, Paris, 1932 (reimpr. CNRS, 1984), p. 48.

(58) Visscher, Charles de, “Rapport - ‘Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international’”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1947, ps. 3 y 9.

(59) Cfr. Bourquin, Maurice, “L’humanisation du droit des gens”, “*La technique et les principes du droit public - Études en l’honneur de Georges Scelle*”, vol. 1, Ed. LGDJ, Paris, 1950, ps. 24-38; Favre, Antoine, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ed. IUHEI, Geneva, 1968, ps. 369-390; Sucharitkul, Sompong, “*L’humanité en tant qu’élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain*”, “L’avenir du droit international dans un monde multicultural/The Future of International Law in a Multicultural World (colloque de La Haye de 1983, ed. R.-J. Dupuy)”, Ed. Nijhoff - Académie de Droit International de La Haye - UNU, La Hague, 1984, ps. 418-427; Glaser, Stefan, “La protection internationale des valeurs humaines”, *Revue générale de Droit international public*, n. 60, 1957, ps. 211-241.

(60) Cfr. Caçado Trindade, Antônio A., “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, n. 317, 2005, ps. 19-27 y 269-282.

(61) CIDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva OC-17/02 del 28/8/2002, opinión concurrente del juez Caçado Trindade, párrs. 32-34.

como detenciones ilegales seguidas de expulsión arbitraria (62). El daño –agregaba– no es causado a su Estado de origen sino al individuo mismo, que es el expuesto a la “innecesaria humillación” de la expulsión (63).

En breve, es un daño causado a la persona humana y no al Estado. Es ese daño el que se toma como “la medida” para determinar la reparación debida (64), p. ej., el causado al individuo en cuestión. Resulta incongruente enfocar este tema desde el ángulo estrictamente “interestatal”. En este sentido, F. V. García Amador observó, acertadamente: “[L]a artificialidad y, consecuentemente, también las inconsistencias y contradicciones, de la doctrina tradicional, se vuelven claramente visibles cuando se considera el criterio generalmente aplicado para mensurar la reparación” (65).

Incluso la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su *Informe* de 2001 sobre su trabajo relativo a la responsabilidad internacional del Estado, consideró pertinente recordar, al referir a la obligación de “dar plena reparación del daño causado por el acto ilícito internacional”, a la posibilidad de que “un acto ilícito internacional puede implicar consecuencias jurídicas en las relaciones entre el Estado responsable de tal acto y las personas o entidades, además de los Estados. Esto se sigue del art. 1, que cubre todas las obligaciones internacionales del Estado y no sólo las debidas a otros Estados. Luego, la responsabili-

dad del Estado se extiende, por ej., a las violaciones a los derechos humanos y otras violaciones del derecho internacional cuando el principal beneficiario de la obligación violada no sea un Estado (66).

Por ende, la CDI estimó, expresamente, que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse “directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado, y el art. 33 es claro al respecto” (67).

Según lo muestra el presente caso de “A. S. Diallo”, nos hallamos ante el daño causado a un individuo. Es él (y no su Estado de origen), cabe insistir, el sujeto de los derechos violados, el que sufrió una detención ilegítima y una expulsión arbitraria (por parte del Estado donde residía); es él el sujeto del correspondiente derecho a la reparación y también su beneficiario. Su caso fue originariamente traído ante la CIJ por el Estado de su nacionalidad (en ejercicio de la protección diplomática); empero, en su sentencia de fondo, la Corte dejó aclarado que el derecho aplicable era el derecho internacional de los derechos humanos, vinculado a los derechos de los seres humanos y para nada al de los Estados. El *cas d’espèce* –clarificado luego en este aspecto por la sentencia de reparaciones– es un testimonio del histórico proceso de reafirmación –en curso en la actualidad– de la *humanización* del derecho internacional, tal como lo vengo señalando desde los años noventa (68).

(62) García-Amador, F. V., “*The Changing Law of International Claims*”, vol. 2, Ed. Oceana, New York - London, 1984, ps. 560 y 584-586.

(63) García-Amador, F. V., “*The Changing Law...*”, cit., ps. 563-564.

(64) García-Amador, F. V., “*The Changing Law...*”, cit., p. 562.

(65) García-Amador, F. V., “*The Changing Law...*”, cit., p. 562.

(66) UN, “Report of the International Law Commission”, 53rd session, 2001, Ed. UN, New York, 2001, p. 214.

(67) UN, “Report of the International Law...”, cit., p. 214.

(68) Cfr., en este sentido, mis votos anteriores en la CIDH (desde 1998 hasta 2003), esto es, en los casos: “Castillo Petruzzi y otros v. Perú” (excepciones preliminares), sent. del 4/9/1998, párrs. 6-7; asunto “Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana” (medidas provisionales), resolución del 18/8/2000, párr. 12; y en las opiniones consultivas: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC-16/99 del 1/10/1999, párrs. 34-35; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, OC-17/02 del 28/8/2002, párrs. 66-67 y 71, y “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17/9/2003, párrs. 27-28. Las referencias y las afirmaciones sobre la humanización del derecho internacional expuestas en esos votos también pueden encontrarse en otros votos individuales que formulé, en la CIDH, desde 2004 a 2008. Para escritos anteriores, igualmente seguidos de otros en el mismo sentido, cfr., *inter alia*, Cançado Trindade, Antônio A., “A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e os limites da razão de Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, ns. 6/7, 1998-1999, ps. 425-434; Cançado

Tal es el cuadro de situación en el caso “A. S. Diallo” resuelto por la CIJ sobre la base de los tratados aplicables en materia de protección de derechos de la persona humana. En otras situaciones totalmente distintas (v.gr., en materia de territorio y fronteras, regulación de espacios, relaciones diplomáticas, entre otras), los daños pueden haber sido causados al Estado. E, incluso, en distintas circunstancias (v.gr., en situaciones de conflictos armados) pueden hallarse daños causados tanto al Estado cuanto a la persona humana. Esto último es lo que ocurrió, por ej., en el caso “Armed Activities on the Territory of the Congo” (sent. del 19/12/2005), donde la Corte –al recordar que el Estado responsable de actos ilícitos internacionales tiene la obligación de dar plena reparación por el daño causado por tales actos– agregó que, en el *cas d’espèce*, estos últimos dañaron a la R. D. del Congo “y a las personas que estaban en su territorio” (párr. 259) (69). Las circunstancias varían de caso a caso pero, al menos, dejan en claro que un criterio estrictamente interestatal para entender el deber del Estado de brindar reparación –sin importar las circunstancias– parece anacrónico e insostenible.

c) Distintas formas de reparación

Ha sido en el campo de la protección internacional de los derechos humanos que las reparaciones resultaron consideradas como comprensivas –a la luz del principio general *neminem laedere*– de la *restitutio in integrum* (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que sea posible), además de las indemnizaciones, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repe-

tición de los actos u omisiones violatorios de los derechos humanos. El deber de reparación, que corresponde a un principio general, ha encontrado reconocimiento judicial y apoyo en la doctrina jurídica (70). Se mantiene como el complemento indispensable del incumplimiento de la obligación convencional de respeto por los derechos humanos (71).

La doctrina contemporánea ha identificado las distintas formas de reparación antes mencionadas desde la perspectiva de las víctimas, de sus reclamos, necesidades y aspiraciones. Mediante la *restitutio in integrum* se busca restablecer –de ser posible (72)– el *status quo ante*. La *rehabilitación* abarca todas las medidas –médicas, psicológicas, jurídicas y otras– que deban tomarse para restablecer la dignidad de las víctimas. Las *indemnizaciones* –frecuente e indebidamente confundidas con la reparación, de la cual no son más que una de sus formas– comprenden la suma pecuniaria debida a las víctimas por los daños sufridos –materiales (73) y morales o inmateriales– (74). La satisfacción está ligada a la finalidad que se persigue en cuanto a hacer cesar los efectos de las violaciones, y la *garantía de no repetición* (de las violaciones) muestra una dimensión preventiva.

Los conceptos jurídicos, a la vez que entrañan valores, son producto de su tiempo y, como tales, no resultan inmutables. Las categorías jurídicas cristalizadas a través del tiempo y que fueron utilizadas –en un contexto distinto del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos– para regir la fijación de reparaciones estuvie-

Trindade, Antônio A., “La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de estado”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 40, Belo Horizonte, 2001, ps. 11-23.

(69) Cfr. también párrs. 342 y 344.

(70) Cfr., *inter alia*, Bin, Cheng, “General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals”, reed., Ed. Cambridge University, Cambridge, 1994, p. 233; Pastor Ridruejo, José Antonio, “La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya - Sistematización y comentarios”, Ed. Rialp, Madrid, 1962, p. 429; Wassgren, Hans, “Some Reflections on Restitutio in Integrum Especially in the Practice of the European Court of Human Rights”, Finnish Yearbook of International Law, n. 6, Helsinki, 1995, ps. 575-595.

(71) Cfr., *inter alia*, Reuter, Paul, “Principes de droit international public”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, n. 103, 1961, ps. 585-586; Wolfrum, R., “Reparation for Internationally Wrongful Acts”, en Bernhardt, R. (ed.), “Encyclopedia of Public International Law”, vol. 10, Amsterdam, 1987, ps. 352-353.

(72) En el caso de violación del derecho a la vida, por ej., la restitución resulta imposible.

(73) No pocas veces, en relación con este punto, en la práctica se hace referencia al *damnum emergens* y al *lucrum cessans*.

(74) Este daño, en la mayoría de los casos, se determina en función de un juicio de equidad.

ron fuertemente marcadas por analogías con soluciones del derecho privado y, en particular, del derecho civil (*droit civil*) en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales: tal es el caso, v.gr., de los conceptos de daño material y moral o inmaterial y de los elementos del *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. Estos conceptos han estado decididamente determinados por un contenido e interés patrimonial –que se explica por su origen– dejando al margen lo más importante de la persona humana, es decir, su condición de ser espiritual (75).

La transposición pura y simple de tales conceptos al plano internacional iba, pues, obligadamente a generar incertidumbres y debate. Los criterios para determinar las reparaciones –de contenido esencialmente patrimonial (seguido de las analogías del derecho civil)– no me parecen del todo adecuados o suficientes cuando se los traslada al dominio del derecho internacional de los derechos humanos, el cual está dotado de una especificidad propia. Luego, no sorprende que –como al principio de los años noventa– el tema comenzara a ser revaluado en el ámbito del mentado derecho, en las Naciones Unidas (76), bastante antes de la firma por la Asamblea General de la ONU, en 2005, de los “Principios básicos y lineamientos generales sobre el derecho a un recurso y reparación para las víctimas de graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y graves violaciones del derecho internacional humanitario” (77), elaborados y adopta-

dos por la (ex) Comisión de la ONU de Derechos Humanos (78) (cfr. *infra*).

El punto importante para retener en este contexto es que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, las formas de reparación (*restitutio in integrum*, indemnizaciones, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición) deben ser enfocadas necesariamente desde la perspectiva de las víctimas mismas, recordando sus reclamos, sus necesidades y sus aspiraciones. Las reparaciones por violaciones a los derechos humanos están, de hecho, directa e ineludiblemente ligadas a la condición de las víctimas y sus parientes más cercanos, que ocupan una posición central en esta cuestión. Las reparaciones deben ser constantemente revaluadas desde la perspectiva de la integridad de la personalidad de las víctimas, teniendo en cuenta el pleno cumplimiento de sus aspiraciones como seres humanos y el restablecimiento de su dignidad (79).

Es claro como el agua que los “Principios” mencionados dos párrafos antes exhiben, indudablemente, una orientación *pro víctima*: siguen, con acierto, un enfoque centrado en las víctimas, viendo el derecho a la reparación como un derecho de aquéllas, lo cual implica el correspondiente deber de hacer justicia para los individuos victimizados, que se vuelve fundamentalmente importante en los casos de graves violaciones de sus derechos (80). Bajo ciertas circunstancias, los familiares cercanos de la víctima o quienes de és-

(75) Esto se advierte en el hecho de que incluso el daño moral mismo es comúnmente considerado –en la concepción clásica– como consistente en el así llamado “daño no patrimonial”. El punto de referencia sigue siendo el patrimonio.

(76) Cfr. van Boven, Theo (rapporteur especial), “Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms - Final Report”, ONU/Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, del 2/7/1993, ps. 1-65; y cfr. también AA.VV., “Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms (Seminario de Maastricht de 1992)”, Ed. SIM - Univ. Limburg, Maastricht, 1992, ps. 3-253, y, de manera subsecuente, Bassiouni, M. C. (rapporteur especial), “The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms - Final Report”, doc. E/CN.4/2000/62, del 18/1/2000, ps. 1-11.

(77) Resolución de la Asamblea General de la ONU del 16/12/2005.

(78) Por res. 2005/35, del 19/4/2005.

(79) Resulta significativo que la CIDH, en su sent. del 27/11/1998, en el caso “Loayza Tamayo v. Perú”, haya reconocido también –además de las medidas de reparación que ordenó– la existencia de un daño al proyecto de vida (vinculado a la satisfacción) de la víctima, causado por su detención (en las circunstancias en que tuvo lugar). Cfr. CIDH, caso “Loayza Tamayo v. Perú” (reparaciones), sent. del 27/11/1998, párrs. 83-192, y voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 1-17.

(80) Cfr. D’Argent, P., “Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit

ta dependen también pueden ser considerados “víctimas”, titulares del ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Los citados “Principios”, por otro lado, fueron precedidos por una interpretación jurisprudencial única e innovadora de la Corte IDH en este tema (en particular, sobre las distintas formas de reparación), la cual ocupó un amplio lugar en 1998-2004 y ha venido atrayendo una creciente atención de los autores especializados en los últimos años (81) (*infra*). Puede afirmarse sin hesitaciones que, en ciertos aspectos, la interpretación jurisprudencial de la Corte IDH, en su conceptualización, ha ido más allá –a los fines de la reparación– que los mentados “Principios”, fomentando la expansión de la noción de víctima, incluyendo en ella el pariente cercano, también considerado “víctima directa” por derecho propio (debido a su intenso sufrimiento), sin condicionamientos (tales como la concordancia con el derecho interno) en casos tanto individuales cuanto colectivos (82).

Lo central de la posición de las víctimas como *justiciables* tiene implicancias para el enfoque de las distintas formas de reparación. Tomemos como ejemplo, para ilustrar este punto, la satisfacción como forma de reparación. Dentro del marco estricto de las relaciones interestatales, la *satisfacción* como forma de reparación se ha encontrado con críticas, dadas las susceptibilidades que ro-

dean las relaciones de los Estados *inter se* (83). Sin embargo, en el terreno de las relaciones entre Estados e individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, la satisfacción ha demostrado ser una forma muy apropiada de reparación y, particularmente, muy importante para los seres humanos, víctimas de violaciones de sus derechos por los Estados en cuestión.

La reafirmada centralidad de las víctimas en la tutela de los derechos humanos (imperativo de justicia) también entraña otras implicancias, más allá del ámbito de las reparaciones. No es mi intención detenerme en ello, por cuanto se ubica fuera del objeto de este trabajo y de mi voto en “A. S. Diallo”. Me limitaré, entonces, a observar que dicha centralidad ha contribuido a despertar la conciencia en cuanto a la importancia de las víctimas y a la correspondiente necesidad de honrarlas. En nuestros tiempos, durante las últimas décadas, la atención está desviándose, al menos, de las anteriores alabanzas por los hechos de héroes nacionales (incluidos los héroes militares y de guerra, conquistadores y similares), hacia la memoria de las víctimas silenciosas, a la necesidad de honrar su sufrimiento por soportar los menoscabos de sus derechos fundamentales y evitar que su dolor caiga en el olvido (84).

En mi ya citada disidencia en “Jurisdictional Immunities of the State” (“Germany v. Italy, Greece

international des droits de l’homme et de violations graves du droit international humanitaire”, *Annuaire français de droit international*, n. 51, 2005, ps. 34-35, 40, 43, 45 y 52.

(81) Cfr., p. ej., AA.VV., Lambert Abdelgawad, E. y Martin-Chenut, K. (eds.), *“Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?”*, Ed. Société de Législation Comparée, Paris, 2010, ps. 17-334; Scalabrino, M., “Vittime e risarcimento del danno: l’esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo”, *Comunicazioni e Studi*, n. 22, Milano, 2002, ps. 1013-1092; Sandoval-Villalba, C., “The Concepts of ‘Injured Party’ and ‘Victim’ of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations”, en Ferstman, C., Goetz, M. y Stephens, A. (eds.), *“Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity”*, Ed. Nijhoff, Leiden, 2009, ps. 243-282; Bonneau, K., “La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l’homme en matière de droit à réparation des victimes des violations des droits de l’homme”, en Hennebel, L. y Tigroudja, H. (eds.), *“Le particularisme interaméricain des droits de l’homme”*, Ed. Pedone, Paris, 2009, ps. 347-382; Bottigliero, I., “Redress for Victims of Crimes under International Law”, Ed. Nijhoff, Leiden, 2004, ps. 133-145; Schönsteiner, J., “Dissuasive Measures and the ‘Society as a Whole’: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, n. 23, 2007, ps. 127-164.

(82) Cançado Trindade, A. A., “El ejercicio de la función judicial internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2011, anexo IV, ps. 313-340.

(83) Cfr., v.gr., Graefrath, B., “Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, n. 185, 1984, ps. 84-87.

(84) Cfr., v.gr., AA.VV., El Kenz, David y Nérard, François-Xavier (eds.), “Commémorer les victimes en Europe - XVIe-XXIe siècles”, Ed. Champ Vallon, Seyssel, 2011, ps. 10, 18, 25, 65, 144, 262 y 328-330.

intervening”, párrs. 247-249) me referí a los esfuerzos realizados –durante la última década– para garantizar reparaciones también a los individuos, en el ámbito del derecho internacional humanitario (v.gr., el régimen jurídico de la Comisión de Reclamos Etiopía-Eritrea de 2000; el Informe de 2004 de la Comisión Internacional de la ONU de Investigación para Darfur; el Proyecto de declaración de principios de derecho internacional sobre reparación de víctimas de conflictos armados [cuestiones sustantivas]; el Comité de reparaciones para víctimas de conflictos armados de la Asociación de Derecho Internacional). Por consiguiente, parece existir, en la actualidad, una conciencia en constante crecimiento sobre el derecho a la reparación de las víctimas personales, no sólo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos sino también en el del derecho internacional humanitario.

VII. EL APORTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH Y CORTE EUROPEA)

a) *Importancia de su jurisprudencia en materia de reparaciones debidas a las víctimas*

A luz de todo lo antedicho, el aporte de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (Corte IDH y Corte Europea) es notable y merece particular atención al considerarse el tema de las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Dicha jurisprudencia en la materia, creciente en los últimos años, ha contribuido a que la atención pasara a ser puesta sobre las víctimas, seres humanos, y no sobre los Estados, revelando el carácter central de la posición de aquéllas en el presente campo de protección (cfr. *infra*). En este sentido, cuadra insistir en ello, el reciente caso “A. S. Diallo” es un hito en la evolución de la juris-

prudencia de la CIJ, en tanto ésta determinó –por primera vez en su vida– quebrantamientos de derechos consagrados en tratados de derechos humanos. La víctima, el sujeto de derechos y *titulaire* del derecho a la reparación es un ser humano (y no un Estado), el Sr. A. S. Diallo.

A él –y no a su Estado de origen o nacionalidad– se le deben las reparaciones, conforme los tratados en juego sobre derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). Al fijar tales reparaciones es totalmente natural que la CIJ haya tomado en debida cuenta la jurisprudencia de las dos Cortes anteriormente citadas, elaborada durante muchos años, la cual, por lo demás, fue invocada por las partes contendientes durante el curso del proceso, como ya lo hemos visto.

Todo ello es muy tranquilizador, dada la misión común de los tribunales internacionales contemporáneos en cuanto a garantizar la *realización de la justicia*. Tanto la Corte IDH cuanto la Corte Europea han construido una jurisprudencia pionera sobre la *condición de las víctimas* a los fines de la reparación. La Corte IDH, además, ha hecho un gran aporte a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos con su interpretación jurisprudencial creativa de las distintas *formas de reparación*. Para los años venideros queda reservado un papel similar a la recientemente establecida Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (85).

En la primera reunión que celebraron los miembros e invitados especiales de las antedichas tres Cortes de derechos humanos contemporáneas, la cual tuvo lugar en el *Palais des Droits de l'Homme* en Estrasburgo (8 y 9/12/2008), con motivo del sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (86), uno de los temas discutidos con mayor extensión –según

(85) En este sentido, puede hacerse referencia a la práctica, en materia de reparaciones, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; cfr. *inter alia*, Naldi, Gino J., “Reparations in the Practice of the African Commission on Human and Peoples’ Rights”, *Leiden Journal of International Law*, n. 14, 2001, ps. 681-693.

(86) Para información sobre el encuentro, cfr. Cançado Trindade, Antônio A., “Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l’homme”, XXXVI Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 2009, Secretaría General de la OEA, Washington, 2010, ps. 103-125; Weckel, Philippe, “La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme”, *Revue générale de droit international public*, n. 113, 2009, ps. 5-17.

bien lo recuerdo— fue precisamente, por un lado, la experiencia acumulada por la Corte IDH y la Corte Europea en orden a las reparaciones a las víctimas de menoscabos de derechos humanos y, por el otro, el papel deparado —de ahora en más— a esos tres tribunales coexistentes en la evolución en curso de la jurisprudencia internacional sobre la materia.

Otros tribunales internacionales contemporáneos tienen mucho de qué beneficiarse con la experiencia recogida en este terreno específico, si están atentos y toman debida cuenta. En forma paralela a esta evolución, en las últimas dos décadas, según lo he adelantado, se han realizado esfuerzos por construir la práctica de las reparaciones también en el ámbito del derecho internacional humanitario (87). La atención ha virado, a los fines de la protección, hacia la *condición de las víctimas*, seres humanos, hacia la situación real en que ellas se encuentren. La persona humana ha recuperado, así, gradualmente, el lugar central que le está reservado en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, en el nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos. La creciente jurisprudencia sobre reparaciones por violaciones de derechos humanos es testigo de todo ello.

b) Aporte de la Corte IDH

Ya se hizo referencia a la interpretación jurisprudencial innovadora y progresiva de la Corte IDH en materia de reparaciones debidas a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. No pasó inadvertido en los escritos de los especialistas (88) que, para ello, la Corte IDH se ha apoyado en la mayor precisión de los términos del art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (89). Para comenzar, la Corte IDH ha destacado el papel de la equidad al fijar los montos indemnizatorios debidos a individuos víctimas, incluso en ausencia de prueba suficiente

(con mayor razón aun en ciertos casos en que los Estados demandados retenían un virtual monopolio de la prueba).

Así, por ejemplo, en el caso “El Caracazo v. Venezuela” (reparaciones, sentencia del 29/8/2002), la Corte IDH procedió a determinar la compensación con base en la equidad, tomando en cuenta el sufrimiento y “las alteraciones en las condiciones de existencia” de las víctimas y sus familiares cercanos (párrs. 99-100). Sobre dicha base también se pronunció en “Cantoral Benavides v. Perú” (reparaciones, sent. del 3/12/2001, párrs. 80 y 87). En mi voto concurrente en este último caso sostuve, entre otras cosas, que “[e]n la presente Sentencia, la Corte Interamericana extendió la protección del Derecho a la víctima en el presente caso, al establecer, *inter alia*, el deber estatal de proporcionarle los medios para realizar y concluir sus estudios universitarios en un centro de reconocida calidad académica. Es ésta, en mi entender, una forma de reparar el daño a su proyecto de vida, conducente a la *rehabilitación* de la víctima. El énfasis dado por la Corte a su *formación*, a su *educación*, sitúa esta forma de reparación (del latín *reparatio*, derivado de *reparare*, ‘preparar o disponer de nuevo’) en perspectiva adecuada, desde el prisma de la integralidad de la personalidad de la víctima, teniendo presente su realización como ser humano y la reconstrucción de su proyecto de vida” (párr. 10).

En efecto, la Corte IDH ha dispuesto una amplia gama de formas de reparación (*restitutio in integrum*, compensación, satisfacción de la víctima, rehabilitación de la víctima, disculpas públicas, garantías de no repetición de violaciones a derechos humanos), sin parangón en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales contemporáneos. En un reciente grupo de casos de masacres (90), resueltos por la Corte IDH (cfr. *inter alia*: los casos “Aloeboetoe v. Suriname”, repara-

(87) Ejemplos recientes del reconocimiento del derecho a la reparación individual también en el ámbito del derecho internacional humanitario, se encuentran en mi disidencia en “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, sent. del 3/2/2012, párrs. 247-250.

(88) Cfr., en este sentido, *inter alia*, Cohen-Jonathan, Gérard, “Responsabilité pour atteinte aux droits de l’homme”, *La responsabilité dans le système international (Société Française pour le Droit International, Colloque du Mans)*, Ed. Pedone, Paris, 1991, ps. 114 y 116.

(89) Cfr. *infra* nota 93.

(90) Un estudio reciente, en Cançado Trindade, Antônio A., “State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice (Inaugural Address, 10/11/2011)”, Universiteit Utrecht, Utrecht, 2011, ps. 1-71.

ciones, sent. del 10/9/1993; “Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala”, reparaciones, sent. del 19/11/2004; “Comunidad Moiwana v. Surinam”, sent. del 15/6/2005; “Masacres de Ituango v. Colombia”, sent. del 1/7/2006), las reparaciones ordenadas incluyeron iniciativas en materia de salud, vivienda, educación y desarrollo humano. En un contexto distinto, también fueron ordenadas tales medidas reparatorias en el paradigmático caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí v. Nicaragua” (sent. del 31/8/2001), vinculado con la propiedad comunal de los miembros de una comunidad indígena. La Corte IDH indicó allí que en tales supuestos la rehabilitación de las víctimas (cfr. *infra*) también puede tener una dimensión colectiva, cuando se vincula a miembros de una comunidad determinada.

En el *leading case* titulado “Caso de los Niños de la Calle” (“Villagrán Morales y otros v. Guatemala” [reparaciones, sent. del 26/5/2001]), la Corte IDH consideró pertinente advertir que la obligación de brindar reparación viene regulada, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, formas y determinación de los beneficiarios), por el derecho internacional; el Estado demandado “no puede invocar disposiciones de derecho interno a fin de modificar o no cumplir tal obligación” (párr. 61). Esta advertencia la ha reiterado en sucesivas sentencias, v.gr., “Bulacio v. Argentina” (18/9/2003, párr. 72), “Las Palmeras v. Colombia” (26/11/2002, reparaciones, párr. 38), “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago” (21/06/2002, párr. 203), “Trujillo Oroza v. Bolivia” (27/2/2002, reparaciones, párr. 61), “Bámaca Velásquez v. Guatemala” (22/2/2002, reparaciones, párr. 39) y, mucho antes, en “Suárez Rosero v. Ecuador” (20/1/1999, reparaciones, párr. 42). Este punto forma parte hoy de la *jurisprudence constante* en materia de reparaciones.

Incluso en cuanto a las formas de reparación, la Corte IDH ha ordenado, por ej., actos para honrar la memoria de las víctimas; tal como lo hizo en sus sentencias “Bámaca Velásquez v. Guatemala” (22/2/2002, reparaciones), “Myrna Mack Chang v. Guatemala” (del 25/11/2003), “Comunidad Moiwana v. Suriname” (15/6/2005), “Trujillo Oroza v. Bolivia” (27/2/2002, reparaciones), “Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala” (19/11/2004, reparaciones). En este último dra-

mático litigio, esos actos debían ser acompañados (como efectivamente lo fueron) de programas sociales (rehabilitación) para los miembros de la comunidad afectada.

Además, la Corte IDH también dispuso, por ej., la publicación de sus decisiones y/o el resultado de las investigaciones ordenadas. Así lo ha hecho en las antes mencionadas sentencias recaídas en “Bulacio”, “Bámaca Velásquez”, “El Caracazo” y, también, en “Barrios Altos v. Perú” (14/3/2001) e “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay” (2/9/2004). Por otro lado, en sus fallos relativos al ya citado caso “Bámaca Velásquez” (25/11/2000, fondo, y 22/2/2002, reparaciones), así como en “19 Comerciantes v. Colombia” (5/7/2004), se detuvo en el derecho a la verdad como medida de reparación. Sumado a esto, la satisfacción como forma de reparación del daño al “proyecto de vida” de la víctima fue ordenada en el también recordado caso “Cantoral Benavides”, cuanto en “Loayza Tamayo v. Perú” (27/11/1998, reparaciones). Último, pero no menos importante, la garantía de no repetición de las violaciones a los derechos humanos fue dispuesta por la Corte IDH, *inter alia*, en el antedicho “Bulacio”, así como en “Castillo Páez v. Perú” (27/11/1998, reparaciones).

c) Aporte de la Corte Europea

Al igual que la Corte IDH, precedentemente examinada, la Corte Europea también ha señalado el papel que cumplen las evaluaciones de equidad al fijar los montos de reparaciones debidas. Así, por ej., en “Lupsa v. Rumania” (sent. del 8/6/2006), la Corte Europea resolvió que “la deportación del demandante causó una objetiva disrupción del manejo de sus negocios” y que “las consecuencias de tal disrupción no pueden ser cuantificadas con precisión” (párr. 70); ordenó, entonces, con base en la equidad, una determinada suma para cubrir los tipos de daños (párr. 72 y cfr. párrs. 73-77). En el caso “Assanidze v. Georgia” (sent. del 8/4/2004), vinculado con la detención arbitraria, la Corte Europea también decidió con arreglo a la equidad (párr. 201 y cfr. párrs. 204-207) y concedió una suma global para todos los rubros (materiales e inmateriales), sin expresar las razones que la llevaron a ese importe (párr. 201).

En la misma línea de pensamiento se inscribe

“Orhan v. Turkey”, en el cual la Corte Europea resolvió, en el “plano de la satisfacción equitativa”, según consideraciones de “equidad” (sent. del 18/6/2002, párrs. 431-434 y cfr. párrs. 423-424), tal como volvió a hacerlo en “Delta v. France” respecto de una compensación (sent. del 19/12/2012, párr. 43). Igual fundamento ya había expuesto en “Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom”, para la compensación por perturbaciones “emocionales y psicológicas” (sent. del 25/7/2000, párrs. 12 y 23), y en “Selçuk and Asker v. Turkey” (sentencia del 24/4/1998 párrs. 109-112 y cfr. p. 106).

Sin embargo, en paralelo con tales consideraciones de equidad, en cuanto a la concesión misma de las reparaciones, la jurisprudencia de la Corte Europea nunca ha sido proactiva como su institución hermana del otro lado del Atlántico, la Corte IDH. No ha mostrado la misma creatividad y, por lo común, ha resultado particularmente cautelosa, comenzando, en general, por las categorías predeterminadas de daños “pecuniarios y no pecuniarios” y dando, a veces, la impresión de que sería mejor dejar que los tribunales nacionales decidieran la compensación (91). Asimismo, la distinta redacción de las respectivas disposiciones sobre reparaciones de las Convención Europea de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también da la impresión de que los términos del art. 41 de la primera (92) no brindan a la Corte Europea un horizonte igualmente amplio para las reparaciones que el que brinda el art. 63.1 de la segunda a la Corte IDH (93); en todo caso, esto es, al menos, lo que la Corte Europea parece haber entendido hasta la fecha. No sorprende, entonces, hallar discusiones sobre la necesidad de que la Corte Europea “re-

visite” su propia jurisprudencia sobre satisfacción equitativa (*just satisfaction satisfaction équitable*) y, en particular, sobre la reparación de daños morales (o “no pecuniarios”), a fin de ampliar su horizonte en beneficio de los *justiciables* (94).

VIII. NEMINEM LAEDERE Y LA REPARACIÓN A LOS INDIVIDUOS POR DAÑOS MORALES

En los sistemas jurídicos internos, toda la teoría de la responsabilidad civil (*civil liability/responsabilité civile*) encuentra su inspiración en el principio fundamental *neminem laedere* (cfr. *supra*). La concepción de daño y de reacción del sistema jurídico ante los actos ilícitos, que exige reparación, se remonta al derecho romano, a la teoría del *id quod interest*, según la cual la persona dañada tiene derecho a una reparación. De esta manera, se restablecía el balance o equilibrio necesario en las relaciones humanas. También estaba presente el interés en salvaguardar, por ese medio, la personalidad humana como tal, la integridad de ésta. Mas desde los tiempos antiguos hasta la modernidad, a diferencia del daño material, el daño moral (*dommage moral/non-pecuniary damage*) se mostró particularmente difícil de ser conceptualizado.

Este último se volvió objeto de interminables debates (desde las primeras codificaciones), dada la resistencia de ciertas tendencias doctrinarias a atribuir valor o precio al sufrimiento de las víctimas (*pretium doloris*). La prolongada construcción de la teoría de la *responsabilité civile* fue posible, sin embargo, mediante el recurso a criterios generales, tales como la gravedad de la violación, la intensidad del sufrimiento que generó, la repercusión social de la falta, las consecuen-

(91) Cfr., *inter alia*, Wildhaber, Luzius, “Reparations for Internationally Wrongful Acts of States - Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights”, *Baltic Yearbook of International Law*, n. 3, 2003, ps. 1-18.

(92) El art. 41 (ex art. 50) –sobre satisfacción equitativa–, Convención Europea, establece: “[S]i la Corte declara que ha habido violación de la Convención o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, la Corte concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

(93) El citado art. 63.1 establece: “[C]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

(94) Cfr., *inter alia*, Tavernier, Paul, “La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation - une remise en cause nécessaire”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 72, 2007, ps. 945-966.

cias para la víctima, la intencionalidad y *culpa* del perpetrador.

El carácter moral del daño pasó a ser visto como una infracción contra la *personalidad humana*, no sólo respecto de lo más íntimo de ésta sino también en orden a las relaciones humanas en su medio (*milieu*) social. Y fue contra el daño moral que reaccionó el ordenamiento jurídico, exigiendo reparación para la víctima, a fin de preservar la integridad de su personalidad humana. De allí la concepción de la *responsabilité civile* que emana del inmemorial principio general *neminem laedere*. Esta construcción jurídica, a su vez, fue trasladada del derecho interno al derecho internacional mediante analogías de derecho privado (principalmente de derecho civil) (95). Estaba, por lo tanto, fuertemente marcada por un contenido e interés patrimonial (debido a su origen). De ahí su conceptualización –en el derecho civil y también en los países del *common law*– como “daño no pecuniario” (96). El punto de referencia era patrimonial o financiero.

El simple traslado de tales conceptos al plano del derecho internacional debía generar incertidumbres. Con todo, al menos no pasó inadvertido –en los debates sobre el tema que se remontan al siglo XIX– que la evaluación de los daños morales dirigía su atención, inevitablemente, hacia el sufrimiento humano (97), más propio de los seres humanos que de los Estados. En efecto, los Estados no sufren; no pocas veces tienden a causar sufrimiento a los seres humanos sujetos a sus respectivas jurisdicciones o donde sea. La importancia de los daños morales se hizo manifiesta en vista de la necesidad de protección de los individuos (98).

Las analogías con soluciones propias del *common*

law o del derecho civil (*droit civil*) nunca me parecieron convincentes ni satisfactorias, pues al focalizarse, a los fines de la reparación, en la relación de la persona humana con los bienes materiales dejan al margen el rasgo más importante de la persona como ser espiritual (99).

Los daños morales no deben reducirse a una evaluación de los bienes materiales, el patrimonio, la capacidad de trabajar y la proyección en el tiempo de estos elementos, como lo sostiene una reprochable cosmovisión del *homo economicus* tan difundida en nuestros tiempos. Fue necesario esperar el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos a fin de ir más allá de estas categorías mentalmente estrechas y fijarse también en las aspiraciones, libertades e integridad de la persona humana.

Los conceptos jurídicos, como entrañan valores, son producto de su tiempo y están abiertos al cambio progresivo. Con la formación del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se hizo más claro que la determinación de las reparaciones debe tener en cuenta la integridad de la personalidad de la víctima, considerar el impacto en ésta de la violación de los derechos que le son inherentes y encarar el asunto de manera integral, más que con una visión patrimonial o financiera, con especial atención a las aspiraciones, la libertad personal y la integridad del individuo víctima. De ahí la importancia de la *restitutio in integrum* (no siempre posible), dada la manifiesta insuficiencia de las indemnizaciones (por daño material).

Sobre la base de mi propia experiencia como magistrado en dos sucesivas jurisdicciones internacionales –la Corte IDH y, luego, la CIJ–, atribuyo particular importancia a la reparación del daño

(95) P. ej.: los conceptos de daños materiales y morales, los elementos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*, entre otros.

(96) Para algunos estudios de derecho comparado en la materia, v.gr.: AA.VV., Horton Rogers, W. V. (ed.), “*Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*”, Ed. Springer-Verlag, Vienna, 2001, ps. 1-311; AA.VV., “*Redress for Non-Material Damage - Réparation du préjudice moral*” (Coloquio de Londres, 1969), Consejo de Europa, Estrasburgo, 1970, ps. 4-127.

(97) Cfr. André, Robert y Smedts, Aug, “*La réparation du dommage moral*”, Ed. Dugardin & Persoons, Anvers, 1951, ps. 6, 17 y 125, y cfr. p. 10.

(98) Reitzer, Ladislav, “*La réparation...*”, cit., n. 45, p. 124.

(99) En este aspecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece, en el párr. 4 de su preámbulo, que “[e]s deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”.

moral. Me atrevo a decir, incluso, que algunos casos de singular gravedad demuestran que dicho daño resulta ser más relevante o significativo para las víctimas que los daños pecuniarios o las indemnizaciones.

El otorgamiento de reparaciones por daños morales –por tribunales internacionales de derechos humanos– fue factible mediante el empleo de consideraciones de *equidad*. Dada la prolongación del procedimiento en el caso que estoy comentando, “A. S. Diallo” (que enfrenta Guinea con la R.D. del Congo), tanto en el trámite de fondo cuanto en el incidente sobre reparación (lo cual sugiere que los plazos de la justicia humana no son los plazos de los seres humanos), me sentí obligado a atraer la atención, en mi declaración anexa a la resolución de la CIJ del 20/9/2011 (párrs. 1 a 4), sobre la relevancia de otorgar reparaciones dentro de un plazo razonable (porque justicia demorada es justicia denegada), así como sobre las *evaluaciones de equidad* a tener en cuenta cuando se fijan las reparaciones (principalmente por daño moral).

IX. IMPORTANCIA DE LA REHABILITACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La *reparatio* por daños comprende distintas formas de compensación a las víctimas por el perjuicio que sufrieron, a la vez que restablece el orden jurídico quebrantado por actos (u omisiones) ilícitos, un orden jurídico erigido sobre la base del pleno respeto por los derechos inherentes a la persona humana. La observancia de los derechos humanos es el *substratum* del orden jurídico mismo. El orden jurídico así restablecido requiere la garantía de no repetición de los actos nocivos. La *realización de la justicia* así alcanzada (imperativo del *ius cogens*) resulta en sí misma una forma de reparación (satisfacción) a las víctimas. Tal *reparatio* no pone fin al sufrimiento que emana de la violación de los derechos humanos ya perpetrada; empero, al hacer cesar los efectos de tales violaciones, por lo menos alivia el sufrimiento del individuo víctima (como titular del derecho a la re-

paración), al eliminar la indiferencia del medio social (*milieu*), el olvido de las víctimas y la impunidad de los perpetradores.

En este marco, la *rehabilitación* de las víctimas es de máxima importancia. No sólo es cuestión de restablecer el orden jurídico infringido por actos ilícitos (u omisiones), sino también de intentar rehabilitar a las víctimas mismas de tales actos, como sujetos o *titulaires* de los derechos reconocidos por el ordenamiento y que fueron violados. Después de todo, los individuos víctimas (y no los Estados) ocupan la posición central en el esquema del derecho internacional de los derechos humanos, el cual se orienta hacia ellos por ser un derecho de protección (*droit de protection*). Reconociendo a dichos individuos el *ius standi* o el *locus standi in iudicio* en este dominio de protección en el plano internacional, el derecho internacional de los derechos humanos ha rescatado la posición central que ocupan los victimizados (100) (incluso en situaciones de gran vulnerabilidad, si no de indefensión) y, por ende, ha afirmado la legitimación internacional (activa) de los individuos en el derecho de las naciones (*droit de gens*) en general.

La mentada centralidad de las víctimas dirige la atención a la acuciante necesidad de su *rehabilitación* –considerada desde la integridad de la legitimación de las víctimas (101)– en el esquema de la justicia *restaurativa*. La rehabilitación de las víctimas se proyecta en el *medio social*. Tiene tanto una dimensión individual cuanto una social. La justicia restaurativa hizo grandes avances en las últimas décadas, debido a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, humanizando el derecho de las naciones (el *droit des gens*). Dichos avances ahora también se perciben (en un grado menor pero tranquilizador) en el terreno del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. La conciencia jurídica universal parece estar finalmente despertándose ante la necesidad de honrar a las víctimas de abusos contra los derechos humanos y de restaurar su dignidad.

(100) En este sentido, CIDH, caso “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, excepciones previas, sent. del 4/9/1998, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrs. 5 y 12, y caso “Tibi v. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 7/9/2004, voto separado del juez Cançado Trindade, párrs. 16 y 18-20.

(101) Cançado Trindade, Antônio A., “*Tratado de direito internacional dos direitos humanos*”, vol. 3, Ed. Fabris, Porto Alegre, 2003, p. 442.

La rehabilitación de las víctimas adquiere crucial importancia en los casos de graves violaciones de su derecho a la integridad personal. En efecto, ha habido casos en los que se ha ordenado la asistencia médica y psicológica –principalmente, por la Corte IDH– como forma de reparación, apuntando a su rehabilitación **(102)**. Tales medidas pretenden salvar la extrema vulnerabilidad de las víctimas y restaurar su identidad e integridad. La rehabilitación de las víctimas mitiga su sufrimiento y el de sus parientes cercanos, irradiándose así a su *medio social*.

La rehabilitación, al desplazar la aparente indiferencia del mencionado medio social, ayuda a las víctimas a recuperar su autoestima y su capacidad de vivir en armonía con los demás. La rehabilitación nutre a las víctimas, que confían en un mínimo de justicia social **(103)**; las ayuda a reestructurar su psiquis, en su difícil intento por recuperarse de la injusticia de la humillación. Como forma de reparación, busca reordenar finalmente las relaciones humanas rotas por actos de crueldad, por violación a los derechos humanos. En suma, la rehabilitación restablece la fe en la justicia humana.

X. EPÍLOGO: REFLEXIONES FINALES

Tal como lo hemos visto en el curso de este artículo, la reparación y su *rationale*, a la luz del principio básico *neminem laedere*, echan profundas raíces en el pensamiento jurídico internacional, remontándose en el tiempo hasta los tempranos comienzos del derecho de las naciones (el *droit des gens*). La consideración del tema del sujeto marcó su presencia, según lo he señalado (*supra* III), en los escritos de F. de Vitoria, H. Grocio, S. Pufendorf y C. Wolf (así como en los de A. Gentili, F. Suárez y C. van Bynkershoek), desde los siglos XVI al XVIII. El interés en *garantizar reparaciones por daños causados a la persona humana* estuvo presente, incluso, con anterioridad a dichos escri-

tos, pues ya se lo advierte en el siglo XV, cuando el término “persona” (en el sentido de persona física o moral) había sido conceptualizado **(104)** como referente a los sujetos de derechos.

Para entonces –y ciertamente para la época que siguió a los pensamientos de F. de Vitoria a principios del siglo XVI, y de F. Suárez y H. Grocio en los comienzos del siglo XVII (seguido de los de S. Pufendorf a fines del siglo XVII, y de C. Wolf en el siglo XVIII)– se entendía que la persona humana “encarnaba” la humanidad y que el daño causado a ella era un acto *ilícito*, lo cual exigía reparación. La posterior mirada reduccionista (comenzando por la de E. Batel a mediados del siglo XVIII) en cuanto a un ordenamiento jurídico internacional diseñado de conformidad con una concepción estrictamente interestatal (a la luz de una distinta tendencia de positivismo jurídico), con individuos sujetos a sus respectivos Estados, según sostenía principalmente la filosofía jurídica hegeliana –desde el siglo XIX– con su personificación del Estado soberano todopoderoso –con las desastrosas consecuencias que siguieron– no consiguió sacar a la persona humana del cuadro del derecho de las naciones como se la concebía originariamente.

En realidad, incluso en la oscura época en la que llegó a invocarse (sin significado preciso) la soberanía absoluta del Estado también en el ámbito de las relaciones entre Estados e individuos –en un intento por justificar y tapar graves abusos contra estos últimos– hubo quienes alzaron sus voces para desenmascarar semejante engaño. El examen de este punto en particular cae más allá de los propósitos del presente trabajo. Baste recordar que, a principios del siglo XX, Léon Duguit, en su construcción filosófica del *solidarisme de la liberté*, al destacar las obligaciones del Estado *vis-à-vis* la persona humana (individualmente o en grupos), denunció los graves abusos perpetrados en el nombre de la soberanía del Estado como una injustificada opresión tiránica **(105)**.

(102) Cançado Trindade, Antônio A., “El ejercicio...”, cit., n. 82, ps. 329-330.

(103) Cançado Trindade, Antônio A., “El ejercicio...”, cit., ps. 330-332.

(104) En épocas antiguas –vale recordar–, el término “persona” (en etrusco *phersu*, en griego *prósopon*, en latín *persona*) significaba la máscara en la representación teatral; más tarde, pasó a referir al personaje (*personnage*), tendiendo el camino para el sentido medieval de “persona” (la persona humana), que significa, desde el siglo XV en adelante, la persona física o moral, como sujeto de derechos.

(105) Así lo hizo, p. ej., en sus lúcidas y meditadas conferencias de 1920-1921, como profesor visitante en la

El deber del Estado de proveer reparación por daños...

A lo largo del siglo XX, a pesar de tantos abusos y sucesivas atrocidades que tuvieron por víctimas a millones de individuos, floreció una tendencia de pensamiento humanista en los escritos de Emmanuel Mounier (1905-1950) y Gabriel Marcel (1889-1973), afirmando el “personalismo” jurídico, que buscaba hacer justicia para la *individualidad de la persona humana*, para su vida interior y la necesidad de trascendencia (sobre la base de su propia experiencia de vida). De tal modo, en un mundo violento rodeado por el mal uso del lenguaje, hubo quienes lograron preservar su lucidez. Ésta y otras apreciadas tendencias de pensamiento humanista –casi olvidadas (seguramente por la abogacía) en nuestros días de frenesí– pueden, en mi opinión, arrojar mucha luz aún hacia el futuro desarrollo de las reparaciones de daños morales causados a personas humanas.

Tales reparaciones por daños morales (*supra* VIII) no deben limitarse a la concesión de reparaciones sólo sobre una base pecuniaria; hay veces –según las circunstancias de cada caso– en que se requieren otras formas (no pecuniarias) de reparación (obligaciones de hacer, tales como la satisfacción y la rehabilitación de las víctimas). Sea como fuere con ello, me atrevo a alimentar la esperanza de que llegará el día en que se aprenda, de una vez y para siempre, que el deber del Estado de brindar reparación por los daños que le causó a los individuos es ineludible e indispensable: no puede –según mi entender– evadirse mediante una inaceptable, inmoral e infundada invocación de la soberanía o inmunidad del Estado (106).

Otra lección que podemos extraer del reciente caso “A. S. Diallo” (reparaciones) es que la determinación de las reparaciones por violaciones a los derechos humanos no es materia únicamente de técnica jurídica, tal como lo demuestra plenamente la incidencia de las consideraciones de equidad. En este aspecto, según lo expresé en

el ya citado voto concurrente con el que acompañé la sentencia sobre el fondo del litigio del 30/11/2012, es el individuo afectado el sujeto del derecho a la reparación y su último beneficiario (párrs. 200-212), más allá de la dimensión interestatal (párrs. 213-221).

Según la Corte lo estableció en el pronunciamiento que acabo de recordar, el caso “A. S. Diallo” refiere a violaciones de tratados de derechos humanos (cfr. *supra* I y II). Y, tal como lo señalé en mi antedicho voto concurrente, la hermenéutica de los tratados de derechos humanos pone límites a los excesos del voluntarismo estatal (párrs. 83-88); así lo ha hecho de conformidad con el principio *pro persona humana* (párrs. 89-92). Con un horizonte más amplio, uno se guía aquí por el principio de humanidad (párrs. 93-105), con arreglo al necesario derecho de la *societas gentium*, que regula las relaciones de la comunidad internacional constituida por los seres humanos socialmente organizados en Estados y coextensiva a la humanidad (párr. 106).

También consideré pertinente agregar en ese voto concurrente que el *necesario* derecho de las *societas gentium* –de acuerdo con el pensamiento del derecho natural– ha “prevalecido por sobre la voluntad de Estados individuales”, permaneciendo así “respetuoso de la persona humana, en beneficio del bien común (107). El precioso legado del pensamiento de Derecho natural, que evoca al Derecho natural de la recta razón humana (*recta ratio*) nunca se ha desvanecido, y esto debería enfatizarse una y otra vez...” (párr. 106).

Además, el antiguo monopolio por los Estados de la titularidad de derechos en el nivel internacional ya no puede sostenerse. La reafirmada y central presencia del individuo en el esquema del derecho de las naciones ha contribuido mucho, tal como he pretendido demostrar en el presente artículo, al más reciente y progresivo desarrollo del

Universidad de Columbia; cfr. Duguit, Léon, “*Souveraineté et liberté [1920-1921]*”, reed., Éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2002, ps. 126-127, 132-134, 150-151 y 202.

(106) Cfr., en este sentido: CIJ, “Jurisdictional Immunities of the State...”, cit., disidencia del juez Cançado Trindade, párrs. 1-316.

(107) Cançado Trindade, Antônio A., “*A humanização do direito internacional*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, ps. 9-14, 172, 318-319, 393 y 408.

derecho internacional referente a las reparaciones por daños que se siguen de violaciones de los derechos humanos. Con el rescate del individuo como sujeto del *ius gentium* contemporáneo, la centralidad de las víctimas en la protección internacional de los derechos humanos, hoy en día, está establecida y sin discusión. En el campo actual de la protección, las reparaciones se deben a los individuos víctimas, no a los Estados. La visión centrada en la víctima ha traído consecuencias en cuanto a las reparaciones debidas, ha clarificado sus formas y ha promovido el progresivo desarrollo del derecho internacional en el presente ámbito.

La personalidad internacional de los individuos ha tenido un impacto beneficioso adicional en el *ius gentium* contemporáneo. El aporte de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (Corte IDH y Corte Europea) es testigo de esto. La centralidad de las víctimas pone de relieve particularmente –como lo hemos visto– la relevancia de la reparación del daño moral a los individuos, a fin de aliviar su sufrimiento, así como la rehabilitación de las víctimas. La *realización de la justicia* tiene una importancia clave para estas últimas y pertenece, según mi entender, al dominio del *ius cogens*. Sin éste –el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*– no hay sistema jurídico en absoluto.

Los cambios jurisprudenciales y doctrinarios que me encargué de examinar –y me sentí obligado a hacerlo– en mi tantas veces memorado voto concurrente en “A. S. Diallo” (reparaciones) fueron posibles a la luz del reconocimiento de que las víctimas, sujetos del derecho a la reparación, son quienes sufrieron en realidad el daño –seres humanos de carne y hueso– y no los Estados. No debe olvidarse, además, que la construcción jurídica sobre este tema, que existe hoy en el derecho internacional (aunque sigue en estado de infancia), fue trasladada desde la secular experiencia recogida antes en los ordenamientos jurídicos internos. Luego, el reciente aporte de los tribunales internacionales de derechos humanos (Corte IDH y Corte Europea) arroja nueva luz al respecto y despliega la aptitud del derecho internacional para regular las relaciones en circunstancias tales como las del presente caso “A. S. Diallo”. La dimensión tradicional interestatal es, aquí, de poca o ninguna utilidad.

Además, en los tiempos modernos, desde el surgimiento de la responsabilidad del Estado, se ha vuelto claro que la violación del derecho internacional y el cumplimiento del deber de reparación de los daños conforman un todo indisoluble, que no puede ser quebrantado por indebidas e irresponsables alegaciones de soberanía e inmunidad estatal. La obligación de dar reparación por daños sigue siendo *fundamental*, más que secundaria. Es un imperativo de justicia.

El surgimiento de los individuos como sujetos del derecho de las naciones (el nuevo *ius gentium*) trajo otras consecuencias, además de la reparación de daños resultantes de violaciones de derechos humanos y relacionados con esta última. Por ej., ha requerido una reevaluación de temas que competen al procedimiento jurídico internacional. Esto ha sido destacado por la propia CIJ en su muy reciente y ya recordada opinión consultiva “Judgment n. 2867 of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development” (1/2/2012). En mi voto concurrente allí anexo sostuve que la personalidad jurídica internacional de los individuos (y su capacidad) –que requiere la observancia del principio básico de igualdad procesal (igualdad de armas/*égalité des armes*)– se corresponde en nuestros días con la necesidad del ordenamiento jurídico internacional mismo (párrs. 1-118).

Por último, pero no por ello menos importante, vuelvo a mi punto de partida. Teniendo en cuenta que en “A. S. Diallo” los daños fueron causados a un individuo y no a un Estado hay una precisión que considero pertinente hacer en esta etapa final del presente artículo. En la parte dispositiva de la sentencia sobre reparaciones (10/6/2012) la Corte ha fijado el monto de la compensación por daños *no materiales* y *materiales* “sufridos por el Sr. Diallo” (puntos resolutivos 1 y 2). Adherí a la decisión de la mayoría de la Corte en cuanto a un monto indemnizatorio mayor en concepto de daño no material, dada la particular importancia que atribuyo a la reparación de daños morales (*supra* VIII).

Si bien los importes indemnizatorios son formalmente debidos por la R. D. del Congo (como Estado demandado) a Guinea (como Estado ac-

El deber del Estado de proveer reparación por daños...

tor), el sujeto último (*titulaire*) del derecho a la reparación y su beneficiario es el Sr. A. S. Diallo, el individuo que sufrió los daños. Los montos de compensación han sido determinados por la Corte en beneficio de él. Este es el significado apropiado, según lo percibo, de los puntos resolutorios 1 y 2 de la parte resolutive de la sentencia, en combinación con el párr. 57 de los considerandos de la Corte.

Este entendimiento está de acuerdo con los pos-

tulados básicos del derecho internacional de los derechos humanos (derecho aplicable en este caso) y es testigo de la personalidad internacional del individuo como sujeto del derecho internacional contemporáneo. Esto es claramente así aun cuando, por un superado dogmatismo, los individuos sigan privados de su capacidad jurídica internacional, de su *locus standi in iudicio*, que de otro modo les permitiría –como debería ocurrir, a la luz de lo antedicho– presentarse directamente en juicio ante la CIJ.