

COMENTARIOS A LA PONENCIA DEL DR. ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE

Viviana Krsticevic*

Más que un comentario sobre la ponencia, me gustaría hacer algunas preguntas para que el Profesor profundice más en el momento de elaborar las respuestas, porque me parece que tienen que ver con las inquietudes que hemos estado discutiendo desde que ha comenzado el seminario.

Voy a empezar por el tema de las "cláusulas de armonización", famoso artículo 2 de la Convención Americana y la obligación de los Estados de armonizar las leyes.

Se ha planteado a nivel de Sistema Interamericano cómo deben interpretarse la petición individual y las violaciones del Estado a los derechos protegidos en la Convención Americana por no proveer con la legislación necesaria para proteger a los derechos, o por mantener normas que estén en abierta contradicción con la Convención. Este tema tiene gran relevancia para los temas de mujeres, porque en muchos de nuestros países sabemos que en la legislación civil y criminal, subsisten normas discriminatorias para las mujeres, o vacíos legislativos importantes que no nos permiten protegernos. Por ejemplo, en algunos países no está prevista la violación sexual dentro del matrimonio.

* Argentina, Abogada. Co-Directora del Centro de Justicia y Derecho Internacional (CEJIL). Litigante ante la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como CEJIL, hemos tratado de utilizar el Sistema Interamericano presentando ante la Comisión Interamericana una petición relativa a Guatemala, relacionada con normas discriminatorias del Código Civil. Esta petición se demoró durante casi un año y medio, por falta, según creo, de comprensión, tanto de los abogados y secretaría como de los comisionados. Me gustaría que el Profesor Cançado Trindade, a la luz de la opinión consultiva 13, 14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia europea, pudiera elaborar un poquito más y también ayudarnos en la estrategia de cómo enfrentar este tipo de violaciones a los derechos humanos.

El segundo tema es el de las reservas. A la luz de la Convención Americana, según fue interpretado por la Corte Interamericana, en las primeras opiniones consultivas, la Corte es la que tiene la autoridad para decidir cuando una reserva está de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana; creo que es parte del *holden* de la opinión consultiva número 3. Me dejó pensando su reflexión sobre la Doctrina Panamericana. No sé si hay un malentendido en la posición de la Corte en la opinión consultiva 3, pero en nuestro ámbito específico eso está resuelto, porque, por más que los gobiernos digan cosas aberrantes en alguna reserva, finalmente pensamos que la Corte va a analizar esa reserva y a restringir la capacidad del Estado de delimitar la Convención más de lo debido.

Mi tercer comentario tiene que ver con las limitaciones y derogaciones para aclarar cuáles son las obligaciones del Estado. Cuando usted estaba hablando de eso, se me ocurría que otra de las maneras para limitar fricciones, es el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que habla sobre interpretaciones. Parte de estas normas de interpretación, trata de establecer que las normas no deben ser interpretadas para restringir otras obligaciones que hayan asumido los Estados Partes. Me parece que este artículo 29 y la relación con otras normas de la Convención Americana y las normas que han asumido los Estados a través de la ratificación de otras convenciones, no ha sido

elaborada en la jurisprudencia y me parece que puede tener gran importancia entre nosotras, dada la ratificación por parte de muchos países de la Convención de la CEDAW y también de la Convención de Belem do Pará. Me gustaría que usted nos ilustrara acerca de cómo utilizar este artículo para mejor defensa de los derechos de las mujeres.

El cuarto punto en el que querría que profundizara, es el agotamiento de recursos internos. Este tema es el que suscita mayores problemas para las activistas a nivel local, porque todo mundo lo ve con aprehensión. Me gustaría que hablara acerca de la jurisprudencia de la Corte y de la práctica de la Comisión.

Ana Rivera *

Quisiera que el Dr. Cançado Trindade puntualizara más sobre el antes y el ahora de la conceptualización del Derecho Constitucional: cómo se veía en sus orígenes y cómo se ve ahora en relación a todos los últimos tratados y convenciones; y cómo esto puede afectar a nuestras estrategias.

Se ha cambiado la formación constitucional europea y esto impacta en el derecho internacional, y nos impacta a todos y a todas, porque hace, de la discusión de los derechos humanos, parte de la discusión internacional.

También me gustaría que ampliara un poco más sobre ese mismo efecto en nuestras constituciones nacionales, pues las constituciones, como cualquier ente jurídico, está vivo, no son estáticas y por lo mismo susceptibles de cambio, en contra de lo que piensa mucha gente. En ese sentido también se podría discutir más sobre cuál es la importancia que ha tenido la adopción de un lenguaje inclusivo de los derechos humanos en las Constituciones de algunos de nuestros

* Puertorriqueña, Abogada. Forma parte del grupo "Feministas en Marcha" de Puerto Rico

países, entiendo que entre ellos están Perú, Guatemala, Nicaragua y Chile, donde hay planteamientos constitucionales acerca de los derechos que se supone que ese país garantiza, y que van más allá de los contenidos en la letra de la Constitución, pues también están aceptados y ratificados por los tratados que esos países han firmado y ratificado. Obviamente esto no quiere decir que, porque estén allí, todas las personas en estos países disfruten inmediatamente esos derechos. Precisamente de eso se trata el taller: de que esas garantías, ya sean en las instancias internas estatales o en las instancias internacionales, realmente trasciendan de la letra a la acción, y cuáles son las acciones viables que tenemos las mujeres para que los Estados cumplan los compromisos que han hecho internacionalmente. Entiendo que se convierten en un contrato internacional entre todos los Estados Partes, pero sobre todo se convierten en un contrato con las personas de los países donde vivimos; es decir, hay un contrato en varias direcciones que sería bueno abordar como parte de las estrategias.

Esto me recuerda también la discusión que teníamos sobre el asunto de la cultura frente a los cambios en la legislación, que son a nivel estatal pero tienen una trascendencia también internacional. Me parece haber leído que el Dr. Cançado Trindade hablaba de la existencia de una manifestación cultural también, pero hacia la internacionalización de la protección de los derechos humanos.

También me gustaría escuchar más acerca de cuál es la función de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que, en términos históricos, ha tenido que ver con la interpretación del derecho en los diversos países y que ha ayudado al cambio en algunos de los lenguajes de las constituciones de nuestros países. Por ejemplo, si en algunas de las constituciones existen lenguajes violatorios a derechos humanos reconocidos por los Estados, cómo es que esto se ha estado dando.

En cuanto a las restricciones que mencionaba el Dr. Cançado Trindade, me gustaría que ahondara sobre el principio de la proporcionalidad, es decir, las limitaciones o

restricciones permisibles de esos derechos y cómo se interpretan.

Por último, me gustaría que el Doctor explicara un poco más si ha habido o no un “trastoque” en la relación del derecho internacional y el derecho constitucional. Entiendo que lo que plantea, es que ahora estamos en otra situación donde la estrategia al final de este siglo debe ser para que el derecho internacional pueda ser accedido directamente por los individuos.

Respuestas del Dr. Antonio Cançado Trindade

Yo quisiera inicialmente agradecer a Viviana Krsticevic y a Ana Rivera por las inquietudes y los puntos planteados que me dan la oportunidad de proceder a algunas precisiones sobre la materia tratada.

Sobre la primera observación de Viviana, acerca de la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados de derechos humanos, por omisión por parte del Estado, por no tomar medidas eficaces, puedo decir que esta es una posibilidad real, porque en toda la jurisprudencia internacional hay docenas de decisiones arbitrales y judiciales que apuntan en el sentido de que la responsabilidad del Estado puede configurarse por violación de derecho internacional, no solamente por actos de los tres poderes —Ejecutivo, Legislativo y Judicial— sino también por omisiones de esos tres poderes.

El potencial de la aplicación de la responsabilidad por omisión, no ha sido desarrollado todavía por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es curioso que el gran desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia se haya centrado en el artículo primero, párrafo primero de la Convención Americana desde los famosos casos relativos a Honduras, decididos por la Corte Interamericana. A partir de allí, tanto la Comisión Interamericana como la Corte, pasaron a utilizar esta técnica de combinar la determinación de violaciones de determinados derechos de la Convención Americana con la obligación general contenida en el artículo

primero, párrafo primero de la Convención. Curiosamente, hasta la fecha no se ha hecho lo mismo en relación con el artículo segundo de la Convención que aquí discutimos en los primeros minutos de mi intervención original.

Creo que el campo está abierto, precisamente, para que se desarrolle a partir de ahora una jurisprudencia que siga la misma técnica inaugurada por la Corte Interamericana en los casos hondureños y condenando violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana, también con relación al artículo segundo, porque el Estado dejó de tomar medidas de protección, por ejemplo, dejó de adoptar una legislación para prohibir la discriminación. Esta es una posibilidad, pero hay otras: es un campo abierto para el futuro, un campo que no ha sido utilizado sistemáticamente hasta la fecha ni por la Comisión ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esperemos que a partir de ahora haya casos en los que se pase a utilizar este tipo de razonamiento.

La segunda observación de Viviana, es la cuestión del alcance de la opinión consultiva tercera de la Corte, en relación con el alcance de las reservas. Es limitado, porque lo que la Corte mencionó o aclaró en esta Opinión Consultiva fue que podría pronunciarse sobre la cuestión presentada a ella, del presumible interés por parte de Estados que formularan reservas de retardar la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con esos Estados. La Corte respondió en forma negativa; dijo que no se puede admitir un presumible interés por parte de los Estados ratificantes por medio de reservas de retardar la entrada en vigor, en relación a sí mismos, de la Convención Americana; pero ese es un punto muy concreto. Ahora bien, es cierto que hay un párrafo de esta Opinión Consultiva, donde la Corte critica el sistema de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, pero el problema es que hasta la fecha no ha habido un caso en que la Corte Interamericana, en el marco de un caso concreto, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, se haya pronunciado sobre una determinada reserva, mientras que la Corte

Europea sí lo hizo recientemente. En un caso relativo a Suiza, la Corte afirmó que la declaración interpretativa de Suiza equivaldría a una reserva y era incompatible con el objeto y propósito de la Convención Europea, porque la reserva no estaba acompañada de las disposiciones legales sobre las cuales se basaba (caso *Belilos*); entonces el alcance de la OC-03 de la Convención Americana, es limitado y agradezco la oportunidad de hacer esta precisión.

Estoy de acuerdo con la tercera observación de Viviana en cuanto al potencial abierto para la utilización del artículo 29. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el único tratado de derechos humanos que contiene una norma tan amplia sobre interpretación; el artículo 29 básicamente dice que no se puede autorizar una interpretación que sea restrictiva de obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención y que sean Partes en otros tratados de derechos humanos.

Aquí me permitiría unir la respuesta a esa pregunta, a la pregunta siguiente de Viviana, puesto que lo que se puede desprender del artículo 29, es lo siguiente, un caso concreto: un país del continente americano se torna Parte en la Convención Americana, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura. Supongamos que en un determinado caso concreto, bajo la Convención Americana, un determinado derecho sea también protegido por la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el Estado no puede simplemente escoger la interpretación más restrictiva. En este caso, si el Estado es Parte en dos o más tratados, prevalece la interpretación más amplia, la formulación del derecho que mejor proteja, y esto se aplicaría también a las disposiciones del derecho interno, es decir, a las normas de derecho constitucional o infraconstitucional, o a las normas legislativas que protejan en mayor grado un determinado derecho (como pretenden los Estados Unidos en relación con su Constitución); entonces, este tipo de interpretación ampliada de las obligaciones del Estado está expresamente autorizada por el artículo 29 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, que es de un gran potencial, insuficientemente explorado hasta la fecha.

El último punto planteado por Viviana trata del agotamiento de los recursos internos en la jurisprudencia. Aquí podría citar algunos casos importantes, porque pasé algunos años de mi vida estudiando este tema. En el sistema interamericano hay casos clásicos, por ejemplo, los casos 1683 y 1684 contra el Brasil, considerados por la Comisión Interamericana a mediados de los años sesentas, como un "caso general". El gobierno militar brasileño de ese entonces interpuso una objeción de seis tomos, que argumentaba que no se acudió al Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana del Ministerio de Justicia, que era un órgano del Poder Ejecutivo de un gobierno militar. Obviamente no había que agotar recursos internos, pero no sé con qué creatividad jurídica se pudo haber escrito seis tomos de objeción de esta naturaleza con base en el agotamiento de recursos internos; ese es un caso famoso.

Otro caso importante en el sistema interamericano es el caso chileno, a mediados de los años setentas, en que varias peticiones se juntaron; fue considerado también un "caso general" y no se exigió al agotamiento de recursos internos; el caso de los desaparecidos en Argentina, igual, pero fue más bien objeto de un informe por parte de la Comisión Interamericana. En los años ochentas hay casos relativos a Nicaragua en los que se argumentó que los recursos de derecho interno no se aplicaban, de igual manera, porque los recursos eran manifiestamente ineficaces.

En el sistema europeo hay casos clásicos, por ejemplo, los casos *Kjeldsen contra Dinamarca*, *Pedersen contra Dinamarca*, casos de educación sexual obligatoria en escuelas públicas en los países escandinavos (en los casos, Dinamarca), en que los peticionarios impugnaron una legislación que pretendía introducir en las escuelas públicas danesas la educación sexual obligatoria; antes de que esa legislación hubiera sido aprobada por el Parlamento, los casos *Pedersen* y *Kjeldsen* fueron aceptados como admisibles y los denunciantes no tuvieron que agotar los recursos internos

porque se trataba de medidas legislativas consideradas como incompatibles con la Convención Europea; son casos famosos también. En el 95 por ciento de los casos ante la Comisión Europea, se ha planteado la cuestión del agotamiento de recursos, y son más de 15 mil los casos decididos por la Comisión Europea y 400 por la Corte Europea.

Se ha planteado la cuestión del agotamiento de recursos ante ambos órganos, lamentablemente a mi modo de ver, porque yo creo que ésa debería ser privativa de la Comisión Europea (y de la Comisión Interamericana), por ser una cuestión de **admisibilidad**. No hay ninguna razón para que esa materia tenga que ser reabierto posteriormente ante el órgano judicial si ya fue decidida por la Comisión Europea (y por la Comisión Interamericana). Como resultado, a mi modo de ver, se creó una jurisprudencia totalmente inadecuada que la Corte Interamericana ha copiado mecánicamente, la Corte Europea también, lo que ha generado varios votos disidentes en ese tema. Esta materia debería ser finalmente decidida por la Comisión; una vez decidido el punto, no se debería permitir que un gobierno interpusiera ante la Corte una objeción de no agotamiento de recursos que ya fue decidida por la Comisión. Esa jurisprudencia está equivocada, creo que es un enorme malentendido que genera un sistema totalmente desequilibrado y esto explica por qué razón, en más del 90 por ciento de los casos, se los rechazan como inadmisibles en el sistema europeo por no agotamiento de recursos. En nuestro sistema no se llega a esta cifra porque la Comisión Interamericana ha adoptado una posición más flexible en relación a este requisito, evitando rechazar casos por inadmisibles e intentando obtener más y más evidencias, más y más información de las dos Partes sobre la materia.

Esos serían algunos de los casos más importantes de la jurisprudencia que se me ocurren ahora de memoria. En la virtual totalidad de los casos se plantea esa cuestión, y creo que es un abuso por parte de los gobiernos, que en cada caso invocan automáticamente esta objeción en diferentes

etapas del procedimiento; no debería ser así. Por qué razón, por ejemplo, si la Comisión rechaza una petición como inadmisibile por no agotamiento de recursos, no se permite al individuo reabrir esta materia más adelante ante la Corte, y sí se le permite al gobierno reabrirla después de que la Comisión decidió que los recursos ya han sido agotados. Es una injusticia. Es un sistema controlado por los gobiernos. Yo he reflexionado mucho sobre esto, y creo que la jurisprudencia al respecto se equivocó totalmente. Mientras siga así el sistema regional, seguirá siendo un sistema viciado por el desequilibrio que favorece a la parte más fuerte, la parte que tiene el control de los medios, incluso de la prueba. En casos de desapariciones, homicidios, ¿cómo seguir exigiendo pruebas del agotamiento de recursos cuando ni siquiera se sabe lo que pasó? Esos serían los breves comentarios sobre la jurisprudencia y ahora pasaría a los puntos planteados por Ana Rivera.

En primer lugar, sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y la evolución del derecho constitucional en Europa y en América Latina, sobre las conquistas del derecho constitucional y del derecho internacional en relación con los derechos humanos.

Básicamente, la evolución de esta materia se debe a las diferentes escuelas de pensamiento sobre las relaciones entre las dos jurisdicciones: la escuela monista y la escuela dualista. Si nos acordamos otra vez de los libros —que dicen mucho pero aclaran poco— establecen que, de acuerdo con el pensamiento dualista, los dos ordenamientos son distintos en el sentido de que el ordenamiento internacional es un ordenamiento básico de coordinación, que reglamenta las relaciones entre Estados y por lo tanto es un ordenamiento entre entidades soberanas, y que es distinto del ordenamiento de derecho interno que es un ordenamiento de subordinación y no de coordinación, una vez que se aplica a los sujetos de derecho, a los individuos. Dicen, así mismo, que las relaciones de derecho interno son de subordinación, obligan directamente a los individuos, y las relaciones de derecho internacional sólo obligan a los Estados. Es un

pensamiento totalmente anacrónico, que no tiene nada que ver con la realidad de nuestros días; es un pensamiento que tenía sentido a principios de siglo, pero la verdad es que tenemos que partir de la realidad y la realidad nos enseña que no podemos seguir así. Ni los dualistas ni los monistas tienen razón; tampoco estoy convencido de Kelsen, de que el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno; tampoco es así porque también los monistas cometen el error de presuponer que hay dos ordenamientos compartimentalizados. No es así; lo que pasa en nuestros días es que hay, en este dominio de protección, una **interacción** entre los dos ordenamientos que está generando un nuevo derecho. Por ejemplo, los tratados de derechos humanos confían muchas funciones a los órganos de derecho interno, a los órganos del Estado; si el individuo tiene que agotar recursos, los órganos internos están ejerciendo una función internacional de dar la reparación debida. Las constituciones contemporáneas (la Constitución de Chile después de la reforma de 1989, la Constitución de Argentina recientemente reformada en 1994, la Constitución de Colombia con la reforma de 1991, la del Brasil de 1988, la Constitución de Guatemala, la Constitución de Nicaragua de 1987, la del Perú, la anterior de 1978, todas ellas contienen distintas fraseologías en la incorporación en el derecho interno de las normas de tratados de derechos humanos.

Lo mismo sucede en Europa (Constitución española de 1978, Constitución portuguesa de 1976, la Constitución alemana con enmiendas de 1983, Constitución francesa, y las nuevas Constituciones de los países de Europa del Este). Hay una apertura del derecho constitucional contemporáneo al derecho internacional en materia de derechos humanos y se define expresamente en relación con los tratados de derechos humanos, no con todos los tratados. ¿Cuál es el impacto? El impacto en el derecho interno consiste en que, cada vez más, materia internacional es aplicada por los órganos internos del Estado. Los individuos pasan a ser destinatarios directos de normas internacionales y, a partir del momento en que esto acontece, ya no hay más que hablar,

ni de dualismo, ni de monismo. Con todo, estas escuelas de pensamiento son estudiadas o deben seguir siendo estudiadas por interés histórico, nada más, porque ya no dan respuestas a problemas que son distintos a los de su época. El problema reside en que los jueces nacionales siguen inspirándose en esos esquemas, principalmente en el dualista.

No es raro que jueces nacionales se refieran al derecho internacional como la última estrella de la constelación solar. Para los que así piensan, el derecho internacional es algo esotérico, que no tiene nada que ver con el derecho interno, porque no es lo que estudian en las Facultades de Derecho. Lo que estudian son autores del principio del siglo y están maravillados con ellos hasta el final de sus vidas. Así pues, ese es otro problema que tenemos: hay un impacto en el derecho interno, por iniciativa del Poder Constituyente, de algunos raros parlamentarios esclarecidos, a quienes les parece sugestiva la idea de incluir en la Constitución algunas de esas cláusulas de incorporación, pero la consecuencia es casi mínima. Podría haber un impacto mayor si hubiera mayor conciencia de parte del Poder Judicial nacional de la importancia de aplicar esa normativa internacional en el derecho interno. El Poder Judicial nacional no está familiarizado con el derecho internacional de los derechos humanos y, lamentablemente, evita aplicarlo en el derecho interno.

La evolución del derecho constitucional, tanto en Europa como en el continente americano y en otras regiones del mundo también, pero particularmente en los dos continentes, ha sido en el sentido de aproximar el derecho internacional al derecho constitucional y señalar que ambos tienen hoy día un mismo objetivo, el objetivo común es la protección de la persona humana, y por lo tanto es la norma que mejor proteja la que debe prevalecer en los casos concretos de protección, sea una norma de un tratado, o una norma de una Constitución o del derecho interno infraconstitucional.

Pero hay problemas prácticos que se plantean, pues los tribunales nacionales se resisten, con raras excepciones, a

avanzar. Por ejemplo, si se equipara el tratado a la ley, la ley posterior puede "derogar" un tratado, y hay varias sentencias de tribunales superiores en los países de América Latina que dicen eso expresamente. Esto genera la responsabilidad internacional del Estado. Un tribunal nacional estará violando consistentemente el derecho internacional de los derechos humanos al sostener que una ley posterior puede "derogar" un tratado, el cual deja de aplicar temporalmente hasta que esta ley posterior pueda adaptarse al tratado; esto no tiene ningún fundamento, pero así se afirma categóricamente, en medio de un positivismo totalmente degenerado; entonces se "adapta" la ley posterior al tratado, que vuelve a ser aplicado. Es una ficción, no tiene sentido.

Yo me pregunto, ¿qué acontece si en este período de "adaptación" de la ley, surge un determinado caso concreto y se plantea la aplicación de la norma convencional? Si un juez nacional deja de aplicar el tratado de protección, estará de acuerdo con la jurisprudencia nacional, pero estará cometiendo un ilícito internacional, estará configurando la responsabilidad internacional del Estado. Eso no es una cuestión de derecho de los tratados, es una cuestión de responsabilidad internacional del Estado; es mucho más que derecho de los tratados. Por esa razón creo que, en la medida en que podamos persuadir al Poder Judicial de adoptar una posición más de acuerdo con las realidades del mundo contemporáneo, mejorará la situación. Esto sólo se logrará mediante educación y capacitación, estoy convencido de ello; insertar la materia de derechos humanos en los *curricula* universitarios, enseñarla a los futuros jueces, a la nueva generación de jueces para que pueda cambiar este tipo de orientación, dogmática y totalmente infundada, a mi modo de ver.

En relación con las manifestaciones culturales, planteadas en las recientes Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas, ustedes se acuerdan que en la Conferencia de El Cairo de 1994 sobre Población y Desarrollo, hubo mucha resistencia por parte de algunos, y mucha

ambivalencia. La Declaración de El Cairo y el Programa de Acción son muy ambiguos en relación a las manifestaciones culturales. Hay que examinar esta cuestión con mucho cuidado, y considerar las manifestaciones culturales como parte del proceso de universalización de los derechos humanos. No debe haber antagonismo entre las manifestaciones culturales y la universalidad de los derechos humanos.

En cuanto al principio de la proporcionalidad, es uno de los requisitos básicos para la aplicación restrictiva de todos los estados de emergencia, estados de sitio, derogaciones de derechos; todas las reglas mínimas aplicables en esas circunstancias, contienen una referencia al principio de la proporcionalidad que no es susceptible de una definición general, pero que debe ser examinada a la luz de las circunstancias de cada caso concreto.

Por último, la cuestión de la aplicabilidad directa del derecho internacional a los individuos. Eso se manifiesta tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en algunas otras áreas del derecho, por ejemplo, el derecho comercial internacional, y otras áreas del derecho en que este fenómeno indica la creación de un nuevo orden jurídico. Yo me pregunto hoy día si realmente podemos seguir adelante examinando toda la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, bajo la perspectiva solamente del derecho internacional público; yo creo que no. Yo creo que en el futuro tenemos que admitir que es un nuevo ordenamiento jurídico; no es derecho internacional, ni derecho constitucional, ni una cosa ni otra, es el derecho de los derechos humanos. El mismo fenómeno acontece hoy en relación con determinados órdenes jurídicos como el derecho comunitario de integración regional, que requiere un gran esfuerzo de conceptualización. Nosotros, que hemos tenido en la juventud que pasar por el sacrificio de sobrevivir a cinco años de Facultad de Derecho, tenemos que acostumbrarnos a otros y nuevos conceptos jurídicos y reeducarnos constantemente en relación con distinciones que se nos imponen como verdades eternas, como la distinción entre el

derecho privado y el derecho público, entre el derecho interno y el derecho internacional. Todo eso es una gran artificialidad. Sabemos que la realidad es mucho más rica que los conceptos, y así, para comprender la realidad de los días de hoy, hay que buscar otros conceptos. Creo que en el futuro tendremos que acostumbrarnos a la idea de que el derecho de los derechos humanos es algo más que derecho internacional o derecho constitucional; la experiencia actual de la Corte Europea de Derechos Humanos, que conoce bien esto, apunta en esa dirección. Hoy día, es mucho más una Corte Constitucional Europea de Derechos Humanos, que una Corte Internacional de Derechos Humanos, pero para eso fue necesario esperar décadas de evolución jurisprudencial.

Preguntas de las participantes

- Quisiera hacer tres preguntas, algunas directamente vinculadas a lo que se ha conversado ahora y otras que han suscitado esta interesante primera parte.

La primera tiene que ver con este tema de los sistemas monistas y dualistas. Usted dice que el logro ha sido acercar ambos sistemas, y que debería elegirse la norma que mejor proteja, ya sea nacional o internacional. Pero ¿desde qué parámetros podríamos plantear cuál es la norma que mejor protege?

¿Podría aclararnos su interpretación sobre el artículo 4 de la Convención numeral 1, el de derecho a la vida? Por supuesto, la pregunta tiene la intención de una interpretación abierta en el marco de la penalización del aborto.

Respecto a lo que usted señaló sobre la universalidad de los derechos humanos, a propósito de la Conferencia de El Cairo, me parece que uno de los nudos conceptuales de estos tiempos y que no se ha resuelto todavía, es el tema de la universalidad frente al relativismo cultural. Hay que acercar fuentes de reflexión, sobre todo si el tema de la universalidad se resuelve con los estándares mínimos, o si el riesgo de la universalidad tiene que ver con el arrasa-

miento de la diversidad cultural o la limitación de la diversidad.

- En primer lugar, felicitarle por la exposición; me parece bellísima esa forma de reconstruir el recorrido del derecho internacional para traer a la persona, al ser humano, de nuevo al foco de la interpretación. En los últimos tiempos en América Latina han empezado a surgir, y en otros países a fortalecerse, todo lo que son Procuradurías de Derechos Humanos, Ombudsman o Defensorías del Pueblo o de los Habitantes, como se llama acá en Costa Rica. Mi pregunta es: ¿es posible interpretar que una resolución, con todas las características que tienen las resoluciones de la Defensoría de los Habitantes o de la Defensoría de la Mujer, podría significar el agotamiento de la vía administrativa, para efectos de llevar un caso a la jurisdicción internacional?

- Atendiendo a lo que usted expresó con relación a las declaraciones interpretativas y reservas, quisiera conocer su opinión con relación a la declaración interpretativa que hizo México con relación al artículo 4o. fracción 1.

-Sólo quisiera preguntar si, agotada la vía interna de un Estado, existen plazos de prescripción de la acción o caducidad de la acción frente a la Corte Interamericana.

Respuestas del Dr. Antonio A. Cançado Trindade

Muchas gracias por todas las preguntas, todas son muy interesantes y muy desafiantes. En primer lugar, la pregunta sobre la norma que mejor protege a la víctima. Esta norma sólo puede ser determinada, a mi modo ver, a la luz de las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, puede haber un determinado caso que plantee la cuestión de la aplicación de una norma de derecho interno y una norma de derecho internacional. Allí habría que cotejar la norma de derecho interno con la norma del tratado internacional de que se trate; verificar la formulación de las dos normas y

ver cuál es la que mejor protege. Habría que verificar si, por ejemplo, la norma de derecho interno viene acompañada de recursos, cuál es la eficacia de esos recursos para proteger el derecho en cuestión.

Mi respuesta a esta pregunta sería muy puntual: esto sólo podría ser determinado a la luz de las circunstancias de cada caso; igual si se trata de dos normas internacionales, habría que verificar cuál es la mejor formulada para los efectos de la protección en el caso concreto.

La segunda pregunta. El artículo 4, párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente." Todos ustedes conocen la historia legislativa de esta disposición: la expresión "en general" fue insertada en una etapa ya avanzada del proceso de elaboración del Proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por presión de los Estados que argumentaron que si no se hubiera insertado esta disposición, algunos Estados, cuya legislación podría permitir el aborto, no se tornarían Partes en la Convención Americana. Este hecho llena de ambigüedad esta disposición; no ha habido una interpretación *cogente* sea por parte de órganos de supervisión de la Convención Americana o de otros tratados de derechos humanos en relación con esa disposición, o disposiciones equivalentes de otros tratados, precisamente porque esa es una materia extremadamente delicada. Creo que la formulación del artículo 4, párrafo 1, es ambigua, deliberadamente ambigua, en este particular.

En cuanto a la tercera pregunta, me permito mencionar que a mí me tocó participar activamente de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993; estuve primero en el foro mundial de ONGs y luego en el Comité de la Redacción de la Declaración de Viena. Quiero comentar acerca de lo que pasó exactamente tras los bastidores del Comité de Redacción de la Conferencia de Viena en cuanto a este problema específico de la universalidad y del

relativismo cultural. Puedo comentarles que había un estado de total descrédito al final de la primera semana de la Conferencia; que nadie creía que se lograría una afirmación de la universalización de los derechos humanos en el año 1993, porque el párrafo quinto, si no me falla la memoria, que habla de los relativismos culturales, fue adoptado inmediatamente al inicio de la Conferencia. Los países de la Conferencia de los Países Islámicos, cuyo vocero era Pakistán, propusieron que los derechos humanos tienen que ser observados a la luz de las particularidades regionales y culturales, y eso fue aprobado inmediatamente, y se adoptó solamente este primer párrafo que se transformó después en el párrafo quinto de la Declaración de Viena. Entonces, cuando ya no se creía nada, se tomó la decisión de establecer un "grupo de amigos" del presidente del Comité de Redacción, que tenía que quedarse el fin de semana en Viena, para seguir avanzando en la búsqueda de un consenso para aprobar paquetes del Proyecto de Declaración; y esto fue lo que salvó la Conferencia de Viena, nada más, porque allí dos tercios de los delegados fueron a pasear el fin de semana y los que quedamos trabajando aprobamos un paquete de dieciséis artículos a los cuales ya no se podía objetar, el cual quedó, sin embargo, sin la afirmación de la universalización. Esta sólo se logró en la penúltima noche de la Conferencia y allí se afirmó: "la universalidad de los derechos humanos es incuestionable". A una persona que lee la Declaración de Viena, ésta le parece linda: la universalidad de los derechos humanos es incuestionable, pero después vienen los particularismos culturales; pero esto fue lo que se aprobó en primer lugar sin discusión y la universalización se aprobó después, casi por milagro, cuando la gente ya no aguantaba más las presiones. Esto a mi me dejó una impresión de cautela en relación con esos avances en derechos humanos en el derecho internacional; en general soy muy cauteloso, los avances no se puede presumirlos, no son avances lineales, inexorables, irreversibles; son avances pendulares, hacia adelante y hacia atrás, y provisionales, nunca se sabe qué va acontecer. Después vino la Conferencia de El Cairo en

1994 y allí, los partidarios del relativismo lograron algunas victorias, principalmente en cuanto al condicionamiento de determinados derechos a factores étnicos, culturales y religiosos.

Volviendo a las posibilidades planteadas, ¿cómo podríamos asegurar la universalidad, estándares mínimos? Yo creo que quizá, teniendo presente la combinación de todo eso. Aquella experiencia de Viena me dejó marcado, después de eso yo cambié mi manera de pensar. Recientemente invité a que viniera al Instituto Interamericano de Derechos Humanos un representante del Comité Internacional de la Cruz Roja que está en el Extremo Oriente y le pedí que abordara su experiencia allá, como jurista y ex-consultor jurídico del CICR en Ginebra. Nos comentaba lo siguiente: que él también era un hombre que, como yo, cree en los derechos humanos, cree en el proceso de reconstrucción del derecho internacional de los derechos humanos, él también estaba muy afectado por lo que había visto recientemente en los países del Extremo Oriente en los últimos tres o cuatro años. Yo le preguntaba, qué pensaba él de la interpretación que se ha dado en el Occidente, que quizás todo esto sea un poco de exageración y que en realidad la resistencia por parte de los países musulmanes, islámicos, tiene como base, más bien, el derecho privado, relaciones del derecho de familia, sucesiones, bienes, pero no tanto relaciones de derecho público. Entonces él me contestó que en los países asiáticos es peor, porque en los países asiáticos ni siquiera se tiene una idea de la diferencia entre lo privado y lo público, todo allí es público y están acostumbrados a pensar así y no cuestionan esto. Me quedé realmente impresionado; desde entonces, a partir de Viena, con esta experiencia, tengo la sensación de que en realidad lo que hemos logrado en materia de protección internacional son avances muy respetables, pero estamos todavía en la infancia de esta evolución. Es muy frágil todo, no hay motivo para que nos sintamos vanidosos; las bases sobre las cuales actuamos son muy delicadas, algo todavía muy provisional. Las conquistas son aún muy tímidas y estamos en el inicio de un largo proceso.

Por eso tenemos que seguir luchando por la universalización de los derechos humanos, todos los que creemos en estándares mínimos universales de protección, basados en principios generales del derecho comunes a todos los sistemas jurídicos, universalmente reconocidos.

La siguiente pregunta trata de esas nuevas entidades de derecho público que aparecen como las procuradurías, defensorías, defensores de los habitantes, defensores del pueblo, etc. La respuesta, en principio, es sí, pero depende de la estructura de cada procuraduría en cada país. Por ejemplo, si realmente se trata de un órgano autónomo, sí realmente constituye una jurisdicción administrativa autónoma, la respuesta es afirmativa. Pero si se trata de un órgano disfrazado, subordinado, del poder ejecutivo, entonces no; pero en principio sí, si se trata de una procuraduría independiente, que de acuerdo con el derecho interno no esté subordinada al poder ejecutivo, que tampoco esté absorbida por el poder judicial, entonces sí, es un recurso administrativo que agotar.

En cuanto a la reserva de México sobre el citado artículo cuarto párrafo 1, comentaría lo siguiente. La fuente o modelo de todo este tipo de reservas invocando el dominio reservado de los Estados, se encuentra en la enmienda Connally, que fue el modelo que utilizaron países como México, India y otros, para reservar ciertas materias con base en la competencia nacional exclusiva, que fue formulada por un senador norteamericano y ya a final de los años cincuenta sirvió de base al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia por los Estados Unidos exceptuadas las materias que fuesen del dominio reservado del Estado. A partir de allí esta expresión pasó a ser utilizada en diferentes ocasiones por otros países, como México e India, para la aceptación de la jurisdicción internacional.

En cuanto a la parte inicial de la reserva, ésta es una facultad que tiene México de plantear la cuestión; hay diferentes tipos de reservas, hay reservas de contenido sustantivo, hay reservas de contenido puramente procesal; en cuanto a la primera parte habría que examinar la legis-

lación interamericana, lo que no tengo condiciones de hacer en este momento y ese es el tipo de reservas que utilizan varios Estados, además de México, en el sentido de indicar que determinadas leyes nacionales están en contradicción con instrumentos internacionales. Son reservas que los países han utilizado, pero, lo que me parece objetable es la segunda parte: materia de dominio reservado de los Estados, allí ya es demasiado, porque esa materia es objeto de legislación internacional, es regida por diferentes tratados de derechos humanos y allí creo que es altamente objetable este tipo de formulación porque es contraproducente, genera casi una contradicción en los términos de aceptación de un instrumento internacional, admitiendo que hay una incompatibilidad entre el derecho interno de cualquier Estado y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Creo que sería mejor que simplemente se limitara a señalar que hay leyes nacionales que imposibilitan asumir en este momento un compromiso internacional pleno, pero no agregar a esto que es porque se trata de una materia del dominio reservado de los Estados. A partir del momento en que una materia es reglamentada internacionalmente, deja de ser del dominio reservado de los Estados. Y a los órganos de supervisión internacional de los tratados de derechos humanos, cabe determinar si una reserva es o no compatible con el objeto y propósito de dichos tratados.

La respuesta a la pregunta de si hay plazos de prescripción en el plano internacional, es no, no hay. En el proceso civil y en el proceso penal hay plazos de prescripción, pero en el derecho internacional no hay. Los únicos plazos que hay en el derecho internacional de los derechos humanos son los que prevén las propias convenciones, sin hablar de los reglamentos. Estas convenciones generalmente determinan, para la interposición de la demanda, seis meses a partir de la decisión final de la Corte Suprema del país en cuestión. En derecho internacional público no hay prescripción, ni adquisitiva ni extintiva, por lo menos no como en el derecho civil; queda a criterio de los órganos judiciales internacionales establecer cuál sería un plazo

razonable para decidir sobre los argumentos de las partes y en fin, decidir un caso.

Preguntas de las participantes

-Quisiera saber sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres. Bien sabemos que no se previó un mecanismo para su eficacia a nivel internacional y viendo que desde 1993, precisamente en Viena, se está recomendando la redacción del borrador del protocolo, entonces, qué mecanismos podemos usar mientras logramos la realidad del protocolo facultativo.

-Me gustaría saber si además de derogaciones, limitaciones y reservas, los Estados tienen otros obstáculos opuestos a la vigencia de los tratados, si la ratificación es suficiente o no, para que el tratado sea válido en el derecho interno y pueda así accionarse los mecanismos internacionales o regionales, como por ejemplo, la necesidad de un decreto de promulgación presidencial para hacer efectiva la incorporación en el derecho interno y cual es la posición de la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Respuestas del Dr. Antonio A. Cançado Trindade

En cuanto a la primera pregunta, CEDAW ha intentado remediar esta carencia, esa laguna de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer a través de la adopción de esta recomendación famosa nº 19, en la que establece que su competencia también se extiende a actos de violencia doméstica contra la mujer. Pero es cierto que la Convención carece de un mecanismo de peticiones de implementación, por cuanto los Protocolos en este propósito que fueron recomendados por la Conferencia Mundial de Viena tanto para esta Convención como para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, están todavía "bajo estudio", lo que significa que están engavetados, no hay voluntad política de aprobarlo. Creo que mientras tanto se pueden utilizar los otros tratados

de derechos humanos, principalmente haciendo uso de la cláusula de no discriminación, ¿por qué no? La cláusula prevista en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos puede servir a este propósito, quizá no sea lo ideal pero es una posibilidad abierta.

Esto me lleva a la segunda pregunta. Yo creo que hay otros obstáculos además de los que ya examinamos, que son obstáculos a nivel de derecho interno, sea por parte del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Por ejemplo, usted muy bien recordó la cuestión del decreto de promulgación. En la última visita que hice a Brasil, me enteré de que la Convención nº 158 de la OIT, que es la Convención sobre la Garantía en el Empleo, ha sido ratificada por Brasil pero no ha sido todavía publicada en el Diario Oficial. A través de una llamada "medida provisional" que corresponde al antiguo Decreto Ley de la época de la dictadura, se prorroga indefinidamente una situación de incertidumbre en el derecho interno; los jueces laborales no saben qué aplicar en el derecho interno, porque argumentan que la Convención nº 158 de la OIT no fue publicada en el Diario Oficial y no saben qué hacer. Me comentaban estos jueces que lo que hacen es aplicar las leyes laborales, la Consolidación de las Leyes del Trabajo, analógicamente, con lo que dispone la Convención de la OIT sobre Garantía en el Empleo, para evitar que haya un conflicto entre la Convención que está en vigor pero que no ha sido promulgada, y la Ley laboral interna.

La "medida provisional" significa lo siguiente, que el Presidente "legisla", emite una medida, y si el Congreso no se pronuncia dentro de un plazo, esa medida entra en vigor. Pero la responsabilidad no es sólo del Poder Ejecutivo, hay una connivencia del Congreso Nacional y de los Tribunales Superiores. Es igual, en otros países donde el Poder Ejecutivo sigue evitando aplicar las normas de protección que él mismo aceptó, y hay una connivencia entre los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Creo que lo único que se puede hacer es la movilización de la sociedad civil para poner fin a esto.