

## VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Al votar a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia sobre el fondo del caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*), que salvaguarda el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, me veo obligado a dejar constancia de mis reflexiones acerca de las implicaciones jurídicas, altamente relevantes, de lo decidido por la Corte, como fundamento de mi posición al respecto. La presente Sentencia de la Corte sobre el caso "*La Última Tentación de Cristo*" incide en la cuestión fundamental del propio origen de la responsabilidad internacional del Estado, así como en la del alcance de las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos. Es lo que se desprende de su categórico párrafo 72, en el cual la Corte expresa, a mi juicio con acierto y lucidez, su entendimiento en el sentido de que

"(...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial".

2. La cuestión de la compatibilidad de una norma de derecho interno de un Estado Parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos vuelve, así, a la consideración de la Corte, - y, en el presente caso, tratándose de una norma de rango constitucional. Esta es una cuestión que, por sus implicaciones, me ha compelido a desarrollar anteriormente una serie de reflexiones, en mis Votos Disidentes en los casos *El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, y *Genie Lacayo*. No es mi intención aquí reiterarlas, porque el objeto de mi disidencia en aquellos casos (en mi entender una autolimitación de la Corte del alcance de sus propias facultades de protección), ya no existe en la jurisprudencia subsiguiente y contemporánea de nuestro Tribunal, que mucho ha evolucionado en este particular, sobre todo a partir del nuevo criterio sobre la materia establecido en el caso *Suárez Rosero* (cf. *infra*). Sin embargo, como se trata de una cuestión central en el *cas d'espèce*, creo de todo oportuno recordar los puntos principales de aquellas reflexiones, en lo que inciden directamente en el examen de la materia en las circunstancias del presente caso "*La Última Tentación de Cristo*".

3. En el caso *El Amparo* (Reparaciones, 1996)<sup>1</sup>, relativo a Venezuela, sostuve, en mi referido Voto Disidente, que la propia existencia de una disposición legal de derecho interno puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, por el *riesgo* o la *amenaza* real que su aplicabilidad representa, sin que sea necesario esperar la ocurrencia de un daño; de otro modo, no habría como sostener el deber de prevención, consagrado en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana (párrs. 2-3 y 6). Después de

---

<sup>1</sup>. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentencia de 14.09.1996, Serie C, n. 28.

referirme a la jurisprudencia internacional en defensa de esta posición (párrs. 5 y 10), agregué que a partir del momento en que se constatan violaciones de los derechos humanos protegidos, el examen de la incompatibilidad de normas de derecho interno con la Convención Americana deja de ser "una *cuestión abstracta*"; o sea, el cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una norma de derecho interno, que "*per se* crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos" es efectivamente "una *cuestión concreta*" (párrs. 7-8).

4. Expresé entonces, en aquel Voto, mi entendimiento en el sentido de que "es la existencia de víctimas la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente *in abstracto* de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana (...) en el marco de un caso concreto (...). La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto" (párrs. 7-8 y 11)<sup>2</sup>. En el mismo caso *El Amparo* (Interpretación de Sentencia, 1997)<sup>3</sup>, en Voto Disidente posterior, insistí en mi entendimiento de que aquella responsabilidad estatal se compromete a partir del momento en que el Estado deja de cumplir una obligación internacional independientemente de la ocurrencia de un daño adicional (párrs. 24-25, 21 y 26). La Convención Americana, juntamente con otros tratados de derechos humanos, "fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa" (párr. 13). En definitiva, advertí,

"no se puede legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se 'adapten' o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país (...). La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a *contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revogación de leyes nacionales (...) que no se conformen con sus estándares de protección" (párr. 14).

5. Siendo así, sosteniendo la tesis de la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados Partes como la que provee la base conceptual del deber de prevención, acrecenté que

"Un Estado puede, por consiguiente, tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. *Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en*

<sup>2</sup>. Y agregué: - "(...) En el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención *en las circunstancias del caso concreto*. La Convención Americana efectivamente autoriza a la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párrs. 7-8 y 11).

<sup>3</sup>. CtIADH, Resolución de 16.04.1997, Serie C, n. 46.

*tratados de derechos humanos*. El *tempus commisi delicti* es, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, *per se*, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (en el contexto de un determinado caso concreto, ante la *existencia de víctimas* de violaciones de los derechos protegidos), sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional.

El Estado en cuestión debe remediar prontamente tal situación, pues, si no lo hace, puede configurarse una 'situación continuada' violatoria de los derechos humanos (denunciada en un caso concreto). Es perfectamente posible concebir una 'situación legislativa' contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno). En este caso, el *tempus commisi delicti* se extendería de modo a cubrir todo el período en que las leyes nacionales permanecieron en conflicto con las obligaciones convencionales internacionales de protección, acarreando la obligación adicional de reparar los sucesivos daños resultantes de tal 'situación continuada' durante todo el período en aprecio" (párrs. 22-23).

Los hechos del presente caso "*La Última Tentación de Cristo*" demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones son válidas para toda la normativa del derecho interno (abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional).

6. Más adelante, en otro Voto Disidente, en el caso *Genie Lacayo versus Nicaragua* (Revisión de Sentencia, 1997)<sup>4</sup>, observé que "la noción de 'situación continuada', - hoy respaldada por una amplia jurisprudencia en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - abarca violaciones de derechos humanos que, v.g., no puedan ser desvinculadas de la legislación de la cual resultan (y que permanece en vigencia). (...) Tal situación continuada puede configurarse, por ejemplo, por la persistencia, sea de leyes nacionales incompatibles con la Convención, sea de una *jurisprudence constante* de los tribunales nacionales claramente adversa a la víctima" (párrs. 9 y 27).

7. Por consiguiente, - agregué, - en mi entendimiento, la *existencia* misma de una norma de derecho interno "legítima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, (...) sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada" de dicha norma (párr. 10)<sup>5</sup>. La misma posición la sostuve igualmente en mi Voto Disidente (párr. 21) en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Reparaciones, 1997)<sup>6</sup>, en el cual resalté la indisolubilidad entre las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana, a saber, la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1)

<sup>4</sup>. CtIADH, Resolución de 13.09.1997, Serie C, n. 45.

<sup>5</sup>. Al respecto, me permití advertir que "mientras no prevalezca en todos los Estados Partes en la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto, u omisión, de cualquier de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), muy poco se avanzará en la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente" (párr. 24).

<sup>6</sup>. CtIADH, Sentencia de 29.01.1997, Serie C, n. 31.

y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2) (párrs. 6 y 9).

8. Dichas obligaciones generales requieren indudablemente de los Estados Partes la adopción de medidas legislativas y otras para *garantizar* los derechos consagrados en la Convención y perfeccionar las condiciones de su ejercicio (párr. 3). Tales obligaciones, en su amplio alcance, se imponen a todos los poderes del Estado, que "están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial" (párr. 10). Y señaló:

"En realidad, estas dos obligaciones generales, - que se suman a las demás obligaciones convencionales, específicas, en relación con cada uno de los derechos protegidos, - se imponen a los Estados Partes por la aplicación del propio Derecho Internacional, de un principio general (*pacta sunt servanda*) cuya fuente es metajurídica, al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales. En el presente dominio de protección, los Estados Partes tienen la obligación general, emanada de un principio general del Derecho Internacional, de tomar todas las medidas de derecho interno para *garantizar* la protección eficaz (*effet utile*) de los derechos consagrados" (párr. 8).

9. Buscando enfatizar la importancia de la adopción de dichas medidas positivas por parte de los Estados, ponderé que pueden ellas acarrear cambios en el derecho interno que trascienden las circunstancias particulares de los casos concretos; "la práctica internacional", agregué, "se encuentra repleta de casos en que las leyes nacionales fueron efectivamente modificadas, de conformidad con las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos en los casos individuales. La eficacia de los tratados de derechos humanos se mide, en gran parte, por su impacto en el derecho interno de los Estados Partes" (párr. 5).

10. Sin embargo, en este inicio del siglo XXI, las circunstancias del presente caso "*La Última Tentación de Cristo*" parecen indicar que los avances en este particular son lentos. En el siglo pasado, ya en 1937, un distinguido *scholar* de los derechos humanos ponderaba que el día en que la evolución histórica ingresara en "una era de consolidación consciente del derecho internacional", los Estados no solamente adoptarán este último como "parte integrante de su Constitución", sino además dejarán de adoptar leyes que impidan que el derecho internacional forme "parte integrante de su sistema" de derecho interno<sup>7</sup>. Hoy, en el año 2001, podemos decir, a la luz, v.g., del presente caso, que todavía no logramos alcanzar este grado de desarrollo del derecho interno de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. Hay, pues, que seguir insistiendo en sus obligaciones legislativas y judiciales, a la par de las ejecutivas<sup>8</sup>.

<sup>7</sup>. Hersch Lauterpacht, "Règles générales du droit de la paix", 62 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1937) pp. 145-146; texto reproducido posteriormente, en inglés, in *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Cambridge, University Press, 1970, p. 229.

<sup>8</sup>. Cf., al respecto, v.g., Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2a. ed., vol. I, Rio de Janeiro, Ed. MRE, 1956, pp. 280-310; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*, Paris, Pédone, 1994, pp. 17-32. César Sepúlveda, por ejemplo, fue muy claro al admitir "la responsabilidad de un Estado por la promulgación de leyes

11. Tampoco sería exacto negar todo progreso en este dominio. Han habido avances, pero lamentablemente seguimos lejos de realizar el ideal de la plena compatibilización del ordenamiento jurídico interno con las normativa de protección internacional de los derechos humanos. Uno de los avances se encuentra plasmado en la propia jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana sobre la materia<sup>9</sup>. Así, en el caso *Loayza Tamayo versus Perú* (Fondo, 1997)<sup>10</sup>, la Corte determinó la incompatibilidad con la Convención Americana (artículo 8(4)) de los decretos-leyes que tipificaban los delitos de "traición a la patria" y de "terrorismo" (párrs. 66-77). Posteriormente, en el caso *Castillo Petruzzi versus Perú* (Fondo, 1999)<sup>11</sup>, la Corte sostuvo que dichos decretos-leyes violaban el artículo 2 de la Convención, el cual requiere no sólo la supresión de normas violatorias de las garantías en ella consagradas, sino además la expedición de normas para asegurar la observancia de tales garantías (párrs. 207-208); siendo así, la Corte ordenó al Estado demandado reformar las normas de derecho interno declaradas violatorias de la Convención Americana (punto resolutivo n. 14).

12. En el caso *Garrido y Baigorria versus Argentina* (Reparaciones, 1998)<sup>12</sup>, la Corte dedicó toda una sección de la Sentencia (parte IX), al deber estatal de actuar en el ámbito del derecho interno, en la cual recordó, *inter alia*, que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas" (párr. 68). Trátase, en suma, del deber del Estado de tomar *medidas positivas* de protección efectiva (párr. 69) de los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

13. Pero el gran salto cualitativo en la jurisprudencia reciente de la Corte, en verdadero divisor de aguas en la cuestión en aprecio, ocurrió en el caso *Suárez Rosero versus Ecuador* (Fondo, 1997); en su Sentencia, la Corte, al declarar *inter alia* que una disposición del Código Penal ecuatoriano era violatoria del artículo 2 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma (punto resolutivo n. 5), la Corte hizo notar no sólo que la disposición legal

---

contrarias a ese orden jurídico [internacional], y más claramente, de las que resultan en contraposición a un tratado"; y agregó que "también se deduce responsabilidad para un miembro de la comunidad internacional si no expide una ley para lo cual se haya comprometido por un pacto, o que deba promulgar conforme al derecho internacional. De igual manera, puede resultar la responsabilidad cuando no actúa abrogando una ley que sea incompatible con obligaciones internacionales contraídas por el Estado"; C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 237-238.

<sup>9</sup>. En mi supracitado Voto Disidente en el caso *El Amparo* (Interpretación de Sentencia, 1997), ponderé que la Corte Interamericana se encontraba, en aquel entonces (abril de 1997), "en una encrucijada" en relación con la cuestión aquí tratada: o seguía insistiendo, en cuanto a las leyes nacionales de los Estados Partes en la Convención Americana, en la ocurrencia de un daño resultante de su efectiva aplicación como precondition para determinar na incompatibilidad o no de dichas leyes con la Convención (tal como sostuvo en los casos *El Amparo* y *Genie Lacayo, supra*), o pasaría a proceder a dicha determinación (y de sus consecuencias jurídicas en casos concretos) a partir de la propia existencia y aplicabilidad de las leyes nacionales, teniendo presente el deber de prevención que incumbe a los Estados Partes en la Convención (tal como propugné en mis disidencias en los casos *El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, y *Genie Lacayo, supra*) (párr. 12).

<sup>10</sup>. CtIADH, Sentencia de 17.09.1997, Serie C, n. 33.

<sup>11</sup>. CtIADH, Sentencia de 30.05.1999, Serie C, n. 52.

<sup>12</sup>. CtIADH, Sentencia de 27.08.1998, Serie C, n. 39.

impugnada había sido aplicada en el *cas d'espèce*, sino además que, a su juicio, aquella norma del Código Penal ecuatoriano violaba *per se* el artículo 2 de la Convención, "*independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso*" (párr. 98)<sup>13</sup>. De ese modo, la Corte endosaba, en fin, la tesis de la responsabilidad internacional *objetiva* del Estado, admitiendo que una norma de derecho interno puede, en las circunstancias de un caso concreto, por su propia existencia y aplicabilidad infringir la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, i.e., a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso "*La Última Tentación de Cristo*" contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda. De los hechos en este caso "*La Última Tentación de Cristo*" se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del *cas d'espèce*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido.

15. En efecto, en el presente caso "*La Última Tentación de Cristo*", se han introducido elementos nuevos que requieren una profundización del examen de la cuestión en estudio. En su escrito de 17.08.1999, el Estado demandado argumentó que no era posible configurar en el caso concreto su responsabilidad internacional por una sola sentencia del Poder Judicial, sin el cumplimiento de "otros requisitos"; según dicho escrito, a juicio del Estado, no bastaba que una decisión judicial fuera estimada contraria al derecho internacional, pues tornábase necesario que tal decisión fuera "avalada por el respaldo o al menos la inactividad de los órganos legislativo o ejecutivo". En otras palabras, según el Estado, debería haber un concurso de todos los poderes del Estado, en un mismo sentido, para que se configurara su responsabilidad internacional.

16. Sin embargo, hay toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente *a contrario sensu*, sosteniendo que el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u omisión de cualquier de los poderes u agentes del Estado (sea del Ejecutivo, del Legislativo, o del Judicial)<sup>14</sup>. Si fuera necesario buscar respaldo para la afirmación de la existencia de obligaciones legislativas en la jurisprudencia internacional anterior, ahí de todos modos lo encontraríamos, v.g., a partir del *locus classicus* sobre la materia, en la Sentencia en el caso relativo a *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polonesa* (Alemania versus Polonia, 1926), y en la Opinión Consultiva sobre los *Colonos Alemanes en Polonia* (1923), ambas de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)<sup>15</sup>. Acudir a la jurisprudencia internacional clásica sobre la materia, sin

<sup>13</sup>. Énfasis agregado.

<sup>14</sup>. Cf., v.g., el repertorio de jurisprudencia *in United Nations, Yearbook of the International Law Commission* (1969)-II, especialmente pp. 105-106.

<sup>15</sup>. En el ejercicio de su jurisdicción tanto contenciosa como consultiva, la CPJI se pronunció claramente sobre la materia: en la mencionada Sentencia, afirmó que las leyes nacionales son "hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones judiciales o las medidas administrativas", y concluyó que la legislación polonesa en cuestión era contraria a la Convención Germano-Polaca que protegía los intereses alemanes de que se trataba; y en la referida Opinión Consultiva, sostuvo que las medidas legislativas polonasas en cuestión no estaban en conformidad con las obligaciones internacionales de Polonia. *Cit. in United Nations, Yearbook of the International Law Commission* (1964)-II, p. 138.

embargo, no me parece estrictamente necesario, tal como ya lo señalé en otra ocasión<sup>16</sup>: dada la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los pronunciamientos, al respecto, por parte de distintos órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, me parecen más que suficientes para afirmar la existencia de *obligaciones legislativas* - además de *judiciales*, a la par de las *ejecutivas* - de los Estados Partes en tratados de derechos humanos como la Convención Americana<sup>17</sup>.

17. En cuanto a la doctrina, si no fuesen suficientes las consideraciones anteriormente resumidas, desarrolladas en mis Votos en casos anteriores ante esta Corte (cf. párrs. 3-9, *supra*, del presente Voto Concurrente), me limitaría a referirme en adición a los escritos, al respecto, de dos grandes jusinternacionalistas del siglo XX, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Roberto Ago. En estudio publicado en 1968, Jiménez de Aréchaga, - quien posteriormente se tornaría Presidente de la Corte Internacional de Justicia, - recordó que la inconclusa Conferencia de La Haya de Codificación del Derecho Internacional (1930), al menos contribuyó con el "reconocimiento general" de la responsabilidad de los Estados por decisiones judiciales claramente incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas por los respectivos Estados. En la ocasión, diversos Delegados señalaron que, si bien era cierto que la independencia del Poder Judicial constituía un "principio fundamental en el derecho constitucional", sin embargo era un factor "irrelevante en el derecho internacional"<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup>. En mi supracitado Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Reparaciones, 1997), párr. 21, n. 24.

<sup>17</sup>. Además de la jurisprudencia en este sentido ya citada en mis Votos anteriormente mencionados (v.g., las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Klass y Otros* (1978), *Marckx* (1979), *Johnston y Otros* (1986), *Dudgeon* (1981), *Silver y Otros* (1983), *De Jong, Baljet y van den Brink* (1984), *Malone* (1984), *Norris* (1988), así como las Observaciones del Comité de Derechos Humanos - bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas - en los casos *Aumeeruddy-Cziffra y Otras* (1981), y de los *Impedidos y Minusválidos Italianos* (1984)), - podría agregar, a título de ilustración adicional, otras decisiones. Así, v.g., en sus Observaciones (de 31.03.1993) en el caso *J. Ballantyne, E. Davidson y G. McIntyre versus Canadá* (comunicaciones 359/1989 y 385/1989), el Comité de Derechos Humanos instó al Estado Parte a que hiciera cesar la violación del artículo 19 (derecho a la libertad de expresión) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, "enmendando la ley [nacional] como corresponde"; ONU, documento CCPR/C/47/D/359/1989-385/1989/Rev.1, de 05.05.1993, p. 17, párr. 13 (circulación reservada). Del mismo modo, en sus Observaciones (de 31.03.1994) el caso *N. Toonen versus Australia* (comunicación 488/1992), el Comité de Derechos Humanos señaló que "salvo en Tasmania, todas las leyes que penalizaban la homosexualidad se han derogado en toda Australia", y que en el presente caso se requería la "revocación de la ley lesiva" (disposiciones del Código Penal de Tasmania), violatoria de los artículos 17(1) y 2(1) (derecho a la vida privada o familiar, y obligación general de respetar los derechos protegidos, respectivamente) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; ONU, documento CCPR/C/50/D/488/1992, de 04.04.1994, p. 13, párrs. 8-11 (circulación reservada). A su vez, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en los casos (ns. 60/91 y 87/93) del *Constitutional Rights Project* (1994), referentes a Nigeria, estableció una violación *inter alia* del artículo 7 (derecho a un *fair trial*) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resultante de la actuación de "tribunales especiales" por un decreto; cf. *Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (1986-1997), Series A, vol. 1, Banjul, 1997, pp. 55-59 y 101-104. Y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, aún en el examen de peticiones que desestimó como inadmisibles, admitió, sin embargo, que, en principio, un individuo puede quejarse de una ley que, por su propia existencia, sería incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos, si corre el riesgo de ser directamente afectado por ella. Cf., en este sentido, v.g., application n. 24877/94, *A. Casotti y Otros versus Italia*, decisión de 16.10.1996, in *87 Decisions and Reports* (1996) pp. 63 y 65; y application n. 24581/94, *N. Gialouris, G. Christopoulos y 3333 Otros Funcionarios de la Aduana versus Grecia*, decisión de 06.04.1995, in *81-B Decisions and Reports* (1995) pp. 123 y 127.

<sup>18</sup>. Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", in *Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London/N.Y., MacMillan/St. Martin's Press, 1968, p. 551.

18. Siendo así, - agregó el jurista uruguayo, - había que admitirse que las actuaciones del Poder Judicial de un Estado comprometían efectivamente la responsabilidad estatal toda vez que se mostrasen contrarios a las obligaciones internacionales de dicho Estado. Aunque independiente del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial no es independiente del Estado, sino todo lo contrario, es parte del Estado, para los propósitos internacionales, tanto cuanto el Poder Ejecutivo<sup>19</sup>. Por lo tanto, ya hace setenta años, no había más vestigios de los intentos doctrinales superados, del siglo XIX y del inicio del siglo XX, que buscaban en vano evitar la extensión al Poder Judicial del principio de la responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones de todos sus poderes y órganos.

19. A su vez, Roberto Ago, como *rapporteur* especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre el tema de la Responsabilidad del Estado, fue categórico al respecto, en su substancial Tercer Informe (de 1971), titulado "*El Acto Internacionalmente Ilícito del Estado, Fuente de Responsabilidad Internacional*":

"(...) No-one now supports the old theories which purported to establish an exception in the case of legislative organs on the basis of the 'sovereign' character of Parliament, or in the case of jurisdictional organs by virtue of the principle of independence of the courts or the *res judicata* authority of their decisions. The cases in which certain States have resorted to arguments based on principles of this kind, and have found arbitral tribunals willing to accept them, belong to the distant past. Today, the belief that the respective positions of the different powers of the State have significance only for constitutional law and none for international law (which sees the State only in its entity) is firmly rooted in international jurisprudence, the practice of States and the doctrine of international law.

(...) The doctrine of the impossibility of invoking international responsibility for the acts of legislative or judicial organs has not been advanced for a long time. On the other hand, the possibility of invoking international responsibility for such acts has been directly or indirectly recognized on many occasions. (...)"<sup>20</sup>.

20. En el correcto entendimiento del jurista italiano, expuesto a partir de su Segundo Informe (de 1970), sobre "*El Origen de la Responsabilidad Internacional*", cualquier conducta de un Estado clasificada por el derecho internacional como internacionalmente ilícita acarrea la responsabilidad de dicho Estado en el derecho internacional; así, cualquier acto (u omisión) internacionalmente ilícito constituye "una fuente de responsabilidad internacional"; como ilustración, Ago citó la falta de un Estado de cumplir con la obligación internacional de

adoptar ciertas medidas legislativas requeridas por el tratado en cuestión, en el cual es Parte<sup>21</sup>. El daño puede ser tomado en cuenta, para el propósito de la fijación de

---

<sup>19</sup>. *Ibid.*, p. 551.

<sup>20</sup>. Roberto Ago (special *rapporteur*), "Third Report on State Responsibility: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility", in United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1971)-II, part I, pp. 246-247, párrs. 144 y 146.

<sup>21</sup>. Roberto Ago (special *rapporteur*), "Second Report on State Responsibility: The Origin of International Responsibility", in United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* (1970)-II, pp. 179, 187 y 194, párrs. 12, 31 y 50.

las reparaciones, "pero no es un prerequisite para la determinación de que se cometió un acto internacionalmente ilícito"<sup>22</sup>.

21. Constituye, además, un principio general del derecho de la responsabilidad internacional, la independencia de la caracterización de determinado acto (u omisión) como ilícito en el derecho internacional de la caracterización - similar o no - de tal acto por el derecho interno del Estado<sup>23</sup>. El hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional; tal como señala el célebre *obiter dictum* de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso de *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca* (Fondo, 1926), desde el prisma del derecho internacional, las normas de derecho interno no son nada más que simples hechos<sup>24</sup>. Así, no es tarea del derecho internacional ocuparse de la "organización" del Estado<sup>25</sup>.

22. Efectivamente, la cuestión de la distribución de competencias, y el principio básico de la separación de poderes, son de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero en el del derecho internacional no pasan de hechos, que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. Los intentos frustrados, en un pasado ya distante, de situar los poderes legislativo y judicial del Estado al margen de contactos internacionales (bajo la influencia, hasta cierto punto, de algunas de las primeras manifestaciones del positivismo jurídico), no tendrían el menor sentido en nuestros días. Pertenecen a un mundo que ya no existe.

23. Ya hace décadas el mundo cambió sustancialmente, y nadie, en sana conciencia, pretendería hoy día avanzar un entendimiento en aquel sentido. El Estado, como un todo indivisible, permanece un centro de *imputación*, debiendo responder por los actos u omisiones internacionalmente ilícitos, de cualquiera de sus poderes, o de sus agentes, independien-

temente de jerarquía. Como muy bien señaló el jurista suizo Max Huber, en su célebre laudo arbitral de 1925 en el caso de la *Isla de Palmas* (Holanda *versus* Estados Unidos), las competencias ejercidas por los Estados (territoriales y jurisdiccionales) tienen como contrapartida los deberes que a ellos incumben, emanados del derecho internacional, en sus relaciones con otros Estados<sup>26</sup>, - y, yo

---

<sup>22</sup>. Roberto Ago, "Third Report on State Responsibility...", *op. cit. supra* n. (17), p. 223, párr. 74.

<sup>23</sup>. *Ibid.*, pp. 226, 232 y 238, párrs. 86, 88, 103-104 y 120.

<sup>24</sup>. *Ibid.*, pp. 227, 237 y 246, párrs. 92, 117 y 145. - Del mismo modo, es *jurisprudence constante* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el principio según el cual un Estado no puede invocar dificultades de derecho interno para evadirse de la observancia de sus obligaciones internacionales, - principio este que se encuentra consagrado en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986, artículo 27), y que fue igualmente recogido, en su labor de codificación, en 1957 y 1961, por el anterior *rapporteur* especial sobre la materia de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el jurista cubano F.V. García Amador, debidamente recordado por Roberto Ago (*ibid.*, pp. 228 y 231, párrs. 94 y 100).

<sup>25</sup>. Tal como lo recordó R. Ago, *in ibid.*, p. 236, párr. 113.

<sup>26</sup>. U.N., *Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 838-839.

me permitiría agregar, también, bajo el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las últimas décadas, en relación con todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

24. Hoy se reconoce como una contribución - un elemento aclarador - de la prolongada labor, todavía inacabada, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado (en particular de su parte I), la distinción adoptada entre reglas *primarias* del derecho internacional, las que imponen obligaciones específicas a los Estados, y reglas *secundarias* del derecho internacional, las que determinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento estatal de las obligaciones establecidas por las reglas primarias. Esta distinción contribuye a aclarar que la responsabilidad estatal se compromete a partir del momento del ilícito (acto u omisión) internacional, surgiendo de ahí una obligación subsidiaria de hacer cesar las consecuencias de la violación (lo que puede significar, en las circunstancias de un caso concreto, v.g., modificar una ley nacional) y reparar los daños.

25. La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación. La presente Sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del *cas d'espèce*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención<sup>27</sup> (párrs. 96-98). Y en un caso como el presente, atinente a la salvaguardia del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dicha reparación no-pecuniaria es considerablemente más importante que una indemnización.

26. Otra distinción encontrada en la parte I del anteriormente mencionado proyecto de la CDI, entre las obligaciones de *comportamiento* y las de *resultado*, a pesar de todo el debate

doctrinal que ha suscitado en las tres últimas décadas, ha, por lo menos, ejercido el rol de demostrar la necesidad de promover una mejor articulación entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional<sup>28</sup>. Considero dicha articulación de

<sup>27</sup>. Precisamente en este sentido ya me había pronunciado en mi Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (Reparaciones, 1997 - CtIADH, Sentencia de 29.01.1997, Serie C, n. 31), párrs. 6 y 9 (sobre la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), y párrs. 13-14 y 20 (sobre las modificaciones de normas del derecho interno como forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención).

<sup>28</sup>. P.-M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des États", 188 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1984) pp. 50 y 25; y cf. P.A. Fernández Sánchez, *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia Publs., 1987, pp. 59-83 y 193-194.

particular importancia para el futuro de la salvaguardia internacional de los derechos humanos, con énfasis especial en las *obligaciones positivas* de protección por parte del Estado, con base en su responsabilidad internacional *objetiva* configurada a partir de la violación de sus obligaciones internacionales<sup>29</sup>.

27. La adecuación de las normas de derecho interno a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos puede efectivamente ser considerada una obligación de resultado. Pero ésto no significa que pueda ser su cumplimiento postergado indefinidamente. Toda la construcción doctrinal y jurisprudencial de las últimas décadas acerca de las obligaciones positivas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos representa una reacción contra la inercia, o la morosidad, o las omisiones del poder público en el presente dominio de protección. Dicha construcción contribuye a explicar y fundamentar las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos.

28. Réstame considerar en este Voto Concurrente un último punto, que fue objeto de atención y debate en la audiencia pública ante la Corte Interamericana sobre el presente caso "*La Última Tentación de Cristo*", realizada los días 18 y 19 de noviembre de 1999: refiérome al argumento del Estado demandado según el cual los recursos internos no estarían agotados, dado el hecho de que un proyecto de reforma constitucional se encontraba pendiente ante el Poder Legislativo (para reemplazar el sistema vigente de censura cinematográfica); además, como el Poder Ejecutivo no compartía la interpretación del Poder Judicial sobre la materia, buscando remediar la situación, estaría el Estado eximido de responsabilidad internacional<sup>30</sup>.

29. El Gobierno de Chile afirmó, en la referida audiencia ante la Corte, no tener discrepancias sustantivas, de fondo, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), acerca de la necesidad de asegurar la libertad de expresión, y tanto era así que el Gobierno se disociaba del Poder Judicial en este particular, y buscaba una solución al problema planteado en el *cas d'espèce*<sup>31</sup>. El agente del Estado de Chile, Dr. Edmundo Vargas Carreño, comentó oportunamente que "el tema de la responsabilidad internacional del Estado en general es el tema hoy más difícil

<sup>29</sup>. Cf., al respecto, v.g., Jules Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", 58 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1936) pp. 670-674; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, pp. 319-325, y cf. pp. 328-329; Ian Brownlie, *System of the Law of Nations - State Responsibility - Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 43; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1995 (reprint), p. 439; Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, tomo II, Genève, Georg, 1954, pp. 52 y 54; L.G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 146 y 149-152; Paul Reuter, "Principes de Droit international public", 103 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1961) pp. 592-594 y 598-603; C.W. Jenks, "Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law", 117 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1966) pp. 105-110 y 176-196; Karl Zemanek, "La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites", in *Responsabilité internationale* (org. Prosper Weil), Paris, Pédone, 1987, pp. 36-38 y 44-46; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, 5a. ed., Napoli, Ed. Scientifica, 1997, pp. 360-363; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 571-573.

<sup>30</sup>. Cf. CtIADH, *Transcripción de los Alegatos Finales en el Caso "La Última Tentación de Cristo" - Audiencia Pública sobre el Fondo Celebrada el 18 y 19 de Noviembre de 1999*, San José de Costa Rica, pp. 68-69 [cf.], 70, 76-77 y 79-80.

<sup>31</sup>. *Ibid.*, pp. 76-77 y 79.

del derecho internacional"<sup>32</sup>, - tanto es así que, después de décadas, la CDI todavía no ha concluido su labor de codificación sobre la materia.

30. El tema de la responsabilidad internacional del Estado, además de complejo, siempre me pareció un capítulo verdaderamente central y fundamental de todo el Derecho Internacional Público. El grado de consenso que se logre alcanzar en relación con sus múltiples aspectos, - a empezar por las propias bases de la configuración de dicha responsabilidad, - paréceme revelador en última instancia del grado de evolución y cohesión de la propia comunidad internacional. No obstante la innegable y alta calidad jurídica que supieron imprimir a sus presentaciones en la memorable audiencia pública ante la Corte sobre el fondo del caso "*La Última Tentación de Cristo*", tanto la CIDH como el Gobierno de Chile, en sus alegatos orales, así como, a sus declaraciones, tanto los testigos y peritos propuestos por la CIDH como los peritos originalmente presentados por el Gobierno chileno y convocados por la Corte, - no puedo eximirme de formular algunas precisiones que me parecen de todo necesarias, dadas la complejidad y alta relevancia de la materia tratada.

31. En primer lugar, la regla del previo agotamiento de los recursos de derecho interno, tal como está consagrada en el artículo 46 de la Convención Americana, comprende los recursos judiciales disponibles, adecuados y eficaces, de conformidad con los principios de derecho internacional reconocidos a los cuales hace referencia la formulación de la regla en aquella disposición de la Convención. Si se pretendiera indebidamente extender el alcance de dicha regla a un proyecto de reforma constitucional, o de reforma legislativa, ella se transformaría en un obstáculo insalvable a los peticionarios, además de tener su contenido jurídico desvirtuado.

32. En segundo lugar, de ser interpuesta, la objeción de no-agotamiento debe ser resuelta definitivamente *in limine litis*, o sea, en la etapa de admisibilidad del caso, y no en el procedimiento sobre el fondo del mismo. Trátase, a mi juicio, de una cuestión de pura admisibilidad, tal como he sostenido consistentemente, en el seno de esta Corte, desde 1991<sup>33</sup>. En los últimos años, la propia Corte Interamericana ha correctamente establecido, a

partir de sus Sentencias sobre Excepciones Preliminares en los casos *Loayza Tamayo* y *Castillo Páez*<sup>34</sup>, relativos al Perú, que, si el Estado demandado dejó de invocar la objeción de no-agotamiento en el procedimiento de admisibilidad ante la CIDH, está impedido de interponerlo subsiguientemente ante la Corte (*estoppel*). De ese modo, la Corte modificó el anterior criterio - a mi juicio inadecuado - por ella seguido originalmente sobre este punto, en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* y *Fairén Garbi y Solís Corrales*<sup>35</sup> (1987), relativos a Honduras.

---

<sup>32.</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>33.</sup> Cf. mis Votos Razonados en las Sentencias sobre Excepciones Preliminares en los casos *Gangaram Panday versus Suriname* (1991, Serie C, n. 12), *Loayza Tamayo versus Perú* (1996, Serie C, n. 25), y *Castillo Páez versus Perú* (1996, Serie C, n. 24), así como mi Voto Disidente en el caso *Genie Lacayo versus Nicaragua* (Resolución del 18.05.1995), párrs. 11-17, in: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1995*, pp. 85-87.

<sup>34.</sup> CtIADH, Serie C, ns. 25 y 24, respectivamente.

<sup>35.</sup> CtIADH, Sentencias sobre Excepciones Preliminares, Serie C, ns. 1, 3 y 2, respectivamente.

33. Y en tercer lugar, de todos modos, en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, - fundamentalmente distinto del de la protección diplomática discrecional a nivel interestatal<sup>36</sup> - la regla de los recursos internos se reviste de naturaleza más bien *procesal* que *sustantiva*. Condiciona, de ese modo, la *implementación* (*mise-en-oeuvre*) de la responsabilidad del Estado (como requisito de admisibilidad de una petición o reclamación internacional), pero no el *surgimiento* de dicha responsabilidad.

34. Es la tesis que vengo constantemente sosteniendo por más de veinte años, a partir de la publicación de mi ensayo "*El Surgimiento de la Responsabilidad del Estado y la Naturaleza de la Regla de los Recursos Internos*", en 1978 en Ginebra<sup>37</sup>. Desde entonces, he mantenido siempre que el *surgimiento* y la *implementación* de la responsabilidad internacional del Estado corresponden a dos momentos distintos; en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, el requisito del previo agotamiento de los recursos de derecho interno condiciona la implementación, pero no el surgimiento, de aquella responsabilidad, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto (u omisión) internacionalmente ilícito (que puede tener su fuente, v.g., en una disposición legal de derecho interno, o en un acto administrativo, o también en una decisión judicial).

35. Por último, quisiera brevemente referirme a la declaración de uno de los peritos propuestos por la CIDH: al destacar la *buena fe* de la iniciativa del proyecto de reforma constitucional en curso en el Estado de Chile, el Dr. José Zalaquett Daher ponderó juiciosamente que "la reforma más importante en este caso sería aquella que (...), a través de un acto legislativo chileno, (...) recordara imperativamente al Poder Judicial" que "existe la incorporación de pleno derecho y que debe aplicar" directamente las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el plano del derecho interno<sup>38</sup>. Es este un punto al cual atribuyo la mayor importancia, por que implica la necesidad, en última instancia, de un verdadero *cambio de mentalidad*, en los tribunales superiores de casi todos los países de América Latina.

---

<sup>36</sup>. Las diferencias básicas de contexto requieren que la regla de los recursos internos, en el ámbito de la salvaguardia internacional de los derechos humanos, se aplique con atención especial a las necesidades de protección del ser humano. La referida regla está lejos de tener la dimensión de un principio inmutable o sacrosanto del derecho internacional, nada impidiendo que se aplique con mayor o menor rigor en contextos distintos. Al fin y al cabo, los recursos de derecho interno forman parte integrante del propio sistema de protección internacional de los derechos humanos, con énfasis más bien el elemento de la reparación (*redress*) que el proceso mecánico de agotamiento (de dichos recursos). La regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto de protección. Estamos aquí ante un *derecho de protección*, dotado de especificidad propia, orientado fundamentalmente hacia las víctimas, a los derechos de los seres humanos y no de los Estados. Los principios generalmente reconocidos del derecho internacional (a los cuales se refiere la formulación de la regla de los recursos internos en tratados de derechos humanos como la Convención Americana), además de seguir una evolución propia en los distintos contextos en que se aplican, necesariamente sufren, cuando insertados en tratados de derechos humanos, un cierto grado de ajuste o adaptación, dictado por el carácter especial del objeto y propósito de dichos tratados y por la ampliamente reconocida especificidad de la protección internacional de los derechos humanos. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-443, esp. pp. 6-56, 279-287, 290-322 y 410-412.

<sup>37</sup>. A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule", 56 *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1978) pp. 157-188.

<sup>38</sup>. Cf. CtIADH, *Transcripción de los Alegatos Finales...*, op. cit. supra n. (28), pp. 15-16.

36. Esto difícilmente se alcanzaría con atención al aspecto meramente formal de reformas legislativas, las cuales deben hacerse acompañar de la capacitación permanente de la magistratura nacional latinoamericana en derechos humanos, particularmente las promisorias nuevas generaciones de jueces. Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del derecho interno como de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado Parte. Estas últimas, al consagrar y definir claramente un derecho individual, susceptible de vindicación ante un tribunal o juez nacional, son *directamente* aplicables en el plano del derecho interno.

37. Si mayores avances no se han logrado hasta la fecha en el presente dominio de protección, no es ésto atribuible a obstáculos jurídicos, - que en realidad no existen, - sino más bien a la falta de voluntad (*animus*) del poder público de promover y asegurar una protección más eficaz de los derechos humanos. Esto se aplica hoy día a la casi totalidad de los países latinoamericanos, - y, entiendo, también a los países caribeños<sup>39</sup>, - lo que destaca la necesidad apremiante de un cambio de mentalidad, al cual ya me referí. Una nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.

38. En un libro visionario publicado en 1944, el jurista chileno Alejandro Álvarez propugnaba con vehemencia por una reconstrucción del derecho de gentes y una renovación del propio orden social<sup>40</sup>. Vivimos hoy, al inicio del siglo XXI, en un mundo enteramente distinto de aquel de medio siglo atrás, pero el tema que en sus días inspiró A. Álvarez - y que hoy sería desarrollado de modo distinto, a la luz de la propia evolución del derecho de gentes

en las cinco últimas décadas, - es efectivamente un tema recurrente, que sigue reteniendo en nuestros días una gran actualidad.

39. No veo cómo dejar de sostener e impulsar, nuevamente, en el amanecer de un nuevo siglo, una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir, a mi modo de ver, de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y con énfasis en la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia de los derechos del ser humano. Siendo así, la normativa internacional de protección, incorporada al derecho interno, no podrá dejar de ser *directamente* aplicada por los tribunales nacionales en todos los países de América Latina y del Caribe, que han dado el buen ejemplo de profesar su compromiso con los derechos humanos mediante la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma.

---

<sup>39</sup>. Lamento no poder referirme a los países de América del Norte (Canadá y Estados Unidos), que hasta la fecha ni siquiera han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>40</sup>. Cf. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 3-523.

40. El caso "*La Última Tentación de Cristo*", que la Corte Interamericana viene de decidir en la presente Sentencia sobre el fondo, es verdaderamente emblemático, no sólo por constituir el primer caso sobre libertad de pensamiento y de expresión resuelto por la Corte, en la primera sesión de trabajo por ésta realizada en el siglo XXI, como también - y sobre todo - por incidir sobre una cuestión común a tantos países latinoamericanos y caribeños, y que alcanza los fundamentos del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y el propio origen de dicha responsabilidad. A la luz de las reflexiones desarrolladas en este Voto Concurrente, me permito concluir, en resumen, que:

- *primero*, la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos surge al momento de la ocurrencia de un hecho - acto u omisión - ilícito internacional (*tempus commisi delicti*), imputable a dicho Estado, en violación del tratado en cuestión;

- *segundo*, cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes - Ejecutivo, Legislativo o Judicial - o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión;

- *tercero*, la distribución de competencias entre los poderes y órganos estatales, y el principio de la separación de poderes, aunque sean de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, no condicionan la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *cuarto*, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *quinto*, la vigencia de una norma de derecho interno, que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación *continuada* de dicho tratado;

- *sexto*, la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen *in abstracto* de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad *in concreto* de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión;

- *séptimo*, en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva (como condición de admisibilidad de una petición o denuncia a ser resuelta *in limine litis*), condicionando así la implementación pero no el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;

- *octavo*, la regla del agotamiento de los recursos de derecho interno tiene contenido jurídico propio, que determina su alcance (abarcando los recursos judiciales eficaces), el cual no se extiende a reformas de orden constitucional o legislativo;

- *noveno*, las normas sustantivas - atinentes a los derechos protegidos - de un tratado de derechos humanos son *directamente* aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado;

- *décimo*, no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos;

- *décimoprimer*, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación;

- *décimosegundo*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado; y

- *décimotercero*, en este inicio del siglo XXI, se requieren una reconstrucción y renovación del derecho de gentes, a partir de un enfoque necesariamente antropocéntrico, y no más estatocéntrico como en el pasado, dada la identidad del objetivo último tanto del derecho internacional como del derecho público interno en cuanto a la salvaguardia plena de los derechos de la persona humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juez

Manuel E. Ventura Robles  
Secretario