

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, a mi juicio, representa una contribución importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la evolución de un aspecto específico del derecho internacional contemporáneo, a saber, el atinente al derecho de los detenidos extranjeros a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. La presente Opinión Consultiva refleja fielmente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el precepto del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Efectivamente, en este final de siglo, ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del *corpus juris* de los derechos humanos. Dada la transcendental importancia de esta materia, me veo en la obligación de presentar, como fundamento jurídico de mi posición al respecto, las reflexiones que me permito desarrollar en este Voto Concurrente, particularmente en relación con los puntos resolutivos 1 y 2 de la presente Opinión Consultiva.

I. El Tiempo y el Derecho Revisitados: La Evolución del Derecho Frente a Nuevas Necesidades de Protección.

2. El tema central de la presente Opinión Consultiva conduce a la consideración de una cuestión que me parece verdaderamente apasionante, a saber, la de la relación entre el tiempo y el derecho. El factor tiempo es, en efecto, inherente a la propia ciencia jurídica, además de elemento determinante en el nacimiento y ejercicio de los derechos (a ejemplo del derecho individual a la información sobre la asistencia consular, tal como fue planteado en el presente procedimiento consultivo). Ya en mi Voto Razonado en el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, sentencia del 24.01.1998) ante esta Corte, al abordar precisamente esta cuestión, me permití señalar la incidencia de la dimensión temporal en el Derecho en general, así como en diversos capítulos del Derecho Internacional Público en particular (párrafo 4, y nota 2), además del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*ibid.*, nota 5). La cuestión reasume importancia capital en la presente Opinión Consultiva, en el marco de la cual me permito, por lo tanto, retomar su examen.

3. Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del

ser humano¹. Ésto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo.

4. La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) *independientemente del tiempo*: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional². Las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con ésto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.

5. En el marco de este nuevo *corpus juris*, no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento humano, y tampoco al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos³. Los esfuerzos desplegados en este examen parecen recomendar, ante este

1. Tal interpretación evolutiva no conflictúa de modo alguno con los métodos generalmente aceptados de interpretación de los tratados; cf., sobre este punto, v.g., Max Sorensen, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?*, Strasbourg, Council of Europe (doc. H/Coll.(75)2), 1975, p. 4 (mecanografiado, circulación interna).

2. Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed. (trad. de la 4a. ed. alemana del *Völkerrecht*), Madrid, Aguilar, 1969 (1a. reimpr.), p. 58; M. Chemillier-Gendreau, "Le rôle du temps dans la formation du droit international", *Droit international - III* (ed. P. Weil), Paris, Pédone, 1987, pp. 25-28; E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 15-16 y 37; A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques - Genève* (1981) p. 225. Y, para la crítica de que la evolución de la propia ciencia jurídica, al contrario de lo que sostenía el positivismo jurídico, no puede explicarse por medio de una idea adoptada de manera "puramente apriorística", cf. Roberto Ago, *Scienza Giuridica e Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 29-30.

3. El tiempo ha sido examinado en diferentes áreas del conocimiento (las ciencias, la filosofía, la sociología y las ciencias sociales en general, además del derecho); cf. F. Greenaway (ed.), *Time and the Sciences*, Paris, UNESCO, 1979, 1-173; S.W. Hawking, *A Brief History of Time*, London, Bantam Press,

dato fundamental y condicionador de la existencia humana, una postura enteramente distinta de la indiferencia y autosuficiencia, si no arrogancia, del positivismo jurídico. El derecho a la información sobre la asistencia consular, para citar un ejemplo, no puede hoy día ser apreciado en el marco de las relaciones exclusivamente interestatales. En efecto, la ciencia jurídica contemporánea vino a admitir, como no podría dejar de ser, que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas acompañan la evolución del tiempo, no siendo independientes de éste.

6. En el plano del derecho privado, se llegó a hablar, ya a mediados de este siglo, de una verdadera *revuelta del Derecho contra los códigos*⁴ (la ley positiva): - "À l'insurrection des faits contre le Code, au défaut d'harmonie entre le droit positif et les besoins économiques et sociaux, a succédé la révolte du Droit contre le Code, c'est-à-dire l'antinomie entre le droit actuel et l'esprit du Code civil. (...) Des concepts que l'on considère comme des formules hiératiques sont un grand obstacle à la liberté de l'esprit et finissent par devenir des sortes de prismes au travers desquels l'on ne voit plus qu'une réalité déformée"⁵. En efecto, el impacto de la dimensión de los derechos humanos se hizo sentir en instituciones del derecho privado.

7. Lo ilustra, v.g., la célebre decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Marckx versus Bélgica* (1979), en que, al determinar la incompatibilidad de la legislación belga relativa a la filiación natural con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ponderó que, aunque en la época de redacción de la Convención la distinción entre familia "natural" y familia "legítima" era considerada lícita y normal en muchos países europeos, la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en las últimas décadas del derecho interno de la gran mayoría de los

1988, pp. 1-182; H. Aguessy *et alii*, *Time and the Philosophies*, Paris, UNESCO, 1977, pp. 13-256; P. Ricoeur *et alii*, *Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sígueme/UNESCO, 1979, pp. 11-281.

⁴. En lúcida monografía publicada en 1945, Gaston Morin utilizó esta expresión en relación con el Código Civil francés, argumentando que éste ya no podría seguir aplicándose mecánicamente, con aparente pereza mental, ignorando la dinámica de las transformaciones sociales, y en particular la emergencia y afirmación de los derechos de la persona humana. G. Morin, *La Révolte du Droit contre le Code - La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, pp. 109-115; al sostener la necesidad de una constante revisión de los propios conceptos jurídicos (en materia, v.g., de contratos, responsabilidad, y propiedad), agregó que no había cómo hacer abstracción de los juicios de valor (*ibid.*, p. 7).

⁵. *Ibid.*, pp. 2 y 6. [Traducción: "A la insurrección de los hechos contra el Código, a la falta de armonía entre el derecho positivo y las necesidades económicas y sociales, ha sucedido la revuelta del Derecho contra el Código, es decir la antinomia entre el derecho actual y el espíritu del Código civil. (...) Los conceptos que uno considera como *fórmula y s* hiératicas son un gran obstáculo a la libertad del espíritu y terminan por tornarse una suerte de prismas a través de los cuales uno no ve más que una realidad deformada".]

Estados miembros del Consejo de Europa, hacia la igualdad entre hijos "naturales" y "legítimos"⁶.

8. En el plano del derecho procesal el mismo fenómeno ocurrió, como lo reconoce esta Corte en la presente Opinión Consultiva, al señalar la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal (párrafo 117). El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europeas de Derechos Humanos bajo el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷.

9. En el plano del derecho internacional - en que se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho *intertemporal*⁸ - del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales

⁶. Otras ilustraciones encuéntrase, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Europea en los casos *Airey versus Irlanda* (1979) y *Dudgeon versus Reino Unido* (1981). El caso *Airey* es siempre recordado por la proyección de los derechos individuales clásicos en el ámbito de los derechos económicos y sociales; la Corte ponderó que, a pesar de la Convención haber originalmente contemplado esencialmente derechos civiles y políticos, ya no se podía dejar de admitir que algunos de estos derechos tienen prolongamientos en el dominio económico y social. Y, en el caso *Dudgeon*, al determinar la incompatibilidad de la legislación nacional sobre homosexualidad con el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte ponderó que, con la evolución de los tiempos, en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se dejó de creer que ciertas prácticas homosexuales (entre adultos, con su consentimiento) requerían por sí mismas una represión penal. Cf. F. Ost, "Les directives d'interprétation adoptées par la Cour Européenne des Droits de l'Homme - L'esprit plutôt que la lettre?", in F. Ost e M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit - Les directives d'interprétation en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 295-300; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2a. ed., Paris, Sirey, 1989, pp. 105, 110 y 145.

⁷. Cf., v.g., *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Actes du Colloque de 1996 en la Grande Chambre de la Cour de Cassation), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 5-197.

⁸. Para evocar la formulación clásica del árbitro Max Huber en el caso de la *Isla de Palmas* (Estados Unidos versus Holanda, 1928), in: U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, p. 845: "A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time such a dispute in regard to it arises or falls to be settled". Para un estudio de la materia, cf.: Institut de Droit International, "[Résolution I:] Le problème intertemporel en Droit international public", 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de Wiesbaden, 1975) pp. 536-541. Y cf., *inter alia*, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en Droit international public*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 9-311; S. Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, Sijthoff, 1960, pp. 11-75; G.E. do Nascimento e Silva, "Le facteur temps et les traités", 154 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1977) pp. 221-297; M. Sorensen, "Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pédone, 1968, pp. 304-319.

ocasionadas en los nuevos tiempos⁹. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva sobre Namibia* de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrescentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación"¹⁰.

10. En el mismo sentido ha apuntado, como no podría dejar de ser, la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos en operación hasta la fecha, por cuanto los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos. En su décima Opinión Consultiva (de 1989) sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la Corte Interamericana señaló, aunque brevemente, que se debería analizar el valor y el significado de la referida Declaración Americana no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando de su adopción, sino "en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano" de protección, "habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración"¹¹. La misma interpretación evolutiva es seguida, de modo más elaborado, en la presente Opinión Consultiva de la Corte, tomando en consideración la cristalización del derecho a la información sobre la asistencia consular en el tiempo, y su vinculación con los derechos humanos.

11. La Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez, en el caso *Tyrer versus Reino Unido* (1978), al determinar la ilicitud de castigos corporales aplicados a adolescentes en la Isla de Man, afirmó que la Convención Europea de Derechos Humanos "es un instrumento vivo a ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales. En el caso concreto, la Corte no puede dejar de influenciarse por la evolución y normas comúnmente aceptadas de la política penal de los Estados

⁹. Por ejemplo, todo el proceso histórico de la descolonización, desencadenado por la emergencia y consolidación del derecho de autodeterminación de los pueblos, fue decisivamente impulsado por la propia evolución en este sentido del derecho internacional contemporáneo.

¹⁰. International Court of Justice, *Advisory Opinion on Namibia*, ICJ Reports (1971) pp. 31-32, párr. 53.

¹¹. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 14.07.1989, Serie A, n. 10, pp. 20-21, párr. 37.

miembros del Consejo de Europa en este dominio"¹². Más recientemente, la Corte Europea ha dejado claro que su interpretación evolutiva no se limita a las normas sustantivas de la Convención Europea, pero se extiende igualmente a disposiciones operativas¹³: en el caso *Loizidou versus Turquía* (1995), volvió a señalar que la Convención es "un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones contemporáneas", y que ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solamente a la luz de lo que podrían haber sido las intenciones de sus redactores "hace más de cuarenta años", debiéndose tener presente la evolución de la aplicación de la Convención a lo largo de los años¹⁴.

12. Son ampliamente conocidas y reconocidas las profundas transformaciones por que ha pasado el derecho internacional, en las cinco últimas décadas, bajo el impacto del reconocimiento de los derechos humanos universales. Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central - como *sujeto del derecho tanto interno como internacional* - de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal.

13. La dinámica de la convivencia internacional contemporánea cuidó de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se rigen por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. Como bien señala esta Corte, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tal como interpretado en la presente Opinión Consultiva, constituye "un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia" (párr. 82). En efecto, la propia práctica contemporánea de los Estados y de las organizaciones internacionales hace años ha dejado de convalidar la idea, propia de un pasado ya distante, de que la formación de las normas del derecho internacional emanaría tan sólo de la libre voluntad de cada Estado¹⁵.

¹² European Court of Human Rights, *Tyrrer versus United Kingdom* case, Judgment of 25.04.1978, Series A, n. 26, pp. 15-16, párr. 31.

¹³ Como las cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46 de la Convención, anteriormente a la entrada en vigor, el 01.11.1998, del Protocolo XI a la Convención Europea.

¹⁴ European Court of Human Rights, *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 23, párr. 71.

¹⁵ Cf., e.g., C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", 241 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1993) pp. 209-369; S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, London/N.Y., Oceana Publs., 1984, pp. 19-20; H. Mosler, "The

14. Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *consciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno.

15. Es en el contexto de la evolución del Derecho en el tiempo, en función de nuevas necesidades de protección del ser humano, que, en mi entender, debe ser apreciada la ubicación del derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos. La disposición del artículo 36(1)(b) de la mencionada Convención de Viena de 1963, a pesar de haber precedido en el tiempo los tratados generales de protección - como los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas (de 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 1969), - hoy día ya no puede ser dissociada de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos.

II. Venire Contra Factum Proprium Non Valet.

16. A pesar de que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 fue celebrada tres años antes de la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de Naciones Unidas, sus *travaux préparatoires*, como recuerda esta Corte en la presente Opinión Consultiva, revelan la atención dispensada a la posición central ocupada por el individuo en el ejercicio de su libre albedrío, en la elaboración y adopción de su artículo 36 (párrs. 90-91). En el presente procedimiento consultivo, todos los Estados intervinientes, con una única excepción (Estados Unidos), sostuvieron efectivamente la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos.

17. En este sentido, las Delegaciones de los siete Estados latinoamericanos que intervinieron en la memorable audiencia pública ante la Corte Interamericana los días 12 y 13 de junio de 1998 fueron, en efecto, unánimes en relacionar la disposición de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (artículo 36(1)(b)) sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular directamente con los

derechos humanos, en particular con las garantías judiciales (alegatos de México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay)¹⁶ e inclusive con el propio derecho a la vida (alegatos de México, Paraguay, República Dominicana)¹⁷. La única Delegación discrepante, la de los Estados Unidos, enfatizó el carácter interestatal de la referida Convención de Viena, alegando que esta no consagraba derechos humanos, y que la notificación consular, a su juicio, no era un derecho humano individual, ni se relacionaba con el debido proceso legal¹⁸.

18. Al argumentar de este modo, los Estados Unidos asumieron, sin embargo, una posición con orientación manifiestamente distinta de la que sostuvieron en el caso - movido contra Irán - de los *Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán* (1979-1980) ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En efecto, en sus argumentos orales ante la Corte de La Haya en aquel caso, los Estados Unidos invocaron, en un dado momento, la disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 que requiere del Estado receptor la permisión para que las autoridades consulares del Estado que envía "se comuniquen con sus nacionales y tengan acceso a ellos"¹⁹.

¹⁶. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), *Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de la Corte el 12 y 13 de Junio de 1998 sobre la Solicitud de Opinión Consultiva OC-16* (mecanografiada), pp. 19-21 y 23 (México); 34, 36 y 41 (Costa Rica); 44 y 46-47 (El Salvador); 51-53 y 57 (Guatemala); 58-59 (Honduras); y 62-63 y 65 (Paraguay).

¹⁷. CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 15 (México); 63 y 65 (Paraguay); y 68 (República Dominicana).

¹⁸. CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 72-73, 75-77 y 81-82 (Estados Unidos).

¹⁹. International Court of Justice (ICJ), *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran case*, ICJ Reports (1979); *Pleadings, Oral Arguments, Documents*; Argument of Mr. Civiletti (counsel for the United States), p. 23. Más adelante, los Estados Unidos argumentaron, significativamente, que el tratamiento dispensado por el gobierno iraní a los funcionarios norteamericanos capturados y mantenidos como rehenes en Teherán recaía "muy abajo del estándar mínimo de tratamiento que es debido a todos los extranjeros, particularmente como visto a la luz de los estándares fundamentales de los derechos humanos. (...) El derecho de estar libre de interrogatorio y detención y prisión arbitrarios, y el derecho a ser tratado de forma humana y digna, son ciertamente derechos garantizados a estos individuos por los conceptos fundamentales del derecho internacional. En realidad, nada menos que ésto requiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos"; *cit. in ibid.*, Argument of Mr. Owen (agent for the United States), pp. 202-203. - En su *memorial/mémoire*, agregaron los Estados Unidos que "el derecho de los funcionarios consulares en tiempos de paz de comunicarse libremente con los co-nacionales ha sido descrito como implícito en la institución consular, aún en la ausencia de tratados. (...) Tal comunicación es tan esencial al ejercicio de las funciones consulares que su preclusión tornaría sin sentido todo el establecimiento de las relaciones consulares". *Memorial/Mémoire of the Government of the U.S.A.*, *cit. in ibid.*, p. 174.

19. En la fase escrita del proceso, los Estados Unidos, en su *memorial/mémoire*, después de señalar que, en las circunstancias del *cas d'espèce*, los nacionales norteamericanos habían sido detenidos *incomunicados* "en violación de las más flagrantes de las normas consulares y de los estándares aceptados de derechos humanos", agregaron, con todo énfasis, que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 "establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others"²⁰.

20. Esta argumentación de los Estados Unidos ante la CIJ no podría ser más clara, sumándose a la de los Estados latinoamericanos intervinientes en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana (*supra*), contribuyendo todos, en conjunto, a situar el artículo 36 de la citada Convención de Viena de 1963 ineluctablemente en el universo conceptual de los derechos humanos. Al haber sostenido esta tesis ante la CIJ, en mi entender no pueden los Estados Unidos pretender prevalecerse, en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana, de una posición orientada en sentido opuesto sobre el mismo punto (tal como advierte la jurisprudencia internacional²¹): *allegans contraria non audiendus est*.

21. Este principio básico del derecho procesal es válido tanto para los países de *droit civil*, como los latinoamericanos (en virtud de la doctrina, del derecho romano clásico, *venire contra factum proprium non valet*, desarrollada con base en consideraciones de equidad, *aequitas*) como para los países de *common law*, como los Estados Unidos (en razón de la institución del *estoppel*, de la tradición jurídica anglo-sajónica). Y, de todos modos, no podría ser de otra forma, en aras de preservar la confianza y el principio de la buena fe que deben siempre primar en el proceso internacional.

22. Para salvaguardar la credibilidad de la labor en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos hay que precaverse contra los *double standards*: el real compromiso de un país con los derechos humanos se mide, no tanto por su capacidad de preparar unilateralmente, *sponte sua* y al margen de los instrumentos internacionales de protección, informes gubernamentales sobre la situación de los derechos humanos en otros países, sino más bien por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben ser válidos para todos los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria, o cualesquiera otras

²⁰ *Ibid.*, p. 174 (énfasis acrescentado). [Traducción: (...) "establece derechos no solamente para el funcionario consular sino, quizás de modo aún más importante, para los nacionales del Estado que envía que tienen asegurado el acceso a los funcionarios consulares y, a través de éstos, a otras personas".]

²¹ Cf., v.g., Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 49-52.

consideraciones, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

III. La Cristalización del Derecho Individual Subjetivo a la Información sobre la Asistencia Consular.

23. La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, notadamente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo "globalizado" en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar.

24. Los países latinoamericanos, con su reconocido aporte a la teoría y práctica del derecho internacional, y hoy día todos Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han contribuido a la prevalencia de este entendimiento, como ejemplificado por la argumentación en este sentido de los Estados intervinientes en el presente procedimiento consultivo (cf. *supra*). También los Estados Unidos han dado su aporte a la vinculación de aspectos de las relaciones diplomáticas y consulares con los derechos humanos, tal como ejemplificado por sus alegatos en el contencioso internacional de los *Rehenes en Teherán (supra)*. Aquellos alegatos, sumados al esmero y determinación revelados siempre y cuando se trata de defender los intereses de sus propios nacionales en el exterior²², sugieren que los argumentos presentados por los Estados Unidos en el presente procedimiento consultivo constituyen un hecho aislado, sin mayores consecuencias.

25. Recuérdese que, en el ya citado caso de los *Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán (Estados Unidos versus Irán)*, en las medidas provisionales de protección ordenadas en 15.12.1979, la CIJ ponderó que la conducción sin obstáculos de las relaciones consulares, establecidas desde tiempos antiguos "entre los pueblos", no es menos importante en el contexto del derecho internacional contemporáneo, "al promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones y asegurar protección y asistencia a los extranjeros residentes en el territorio de otros Estados" (párr. 40)²³. Siendo así, agregó la Corte, ningún Estado puede dejar de

²². Cf. [Department of State/Office of American Citizens Services,] *Assistance to U.S. Citizens Arrested Abroad* (Summary of Services Provided to U.S. Citizens Arrested Abroad), pp. 1-3.

²³. *ICJ Reports* (1979) pp. 19-20 (énfasis acrescentado).

reconocer "las obligaciones imperativas" codificadas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (de 1961) y sobre Relaciones Consulares (de 1963) (párr. 41)²⁴.

26. Cinco meses después, en su sentencia de 24.05.1980 en el mismo caso de los *Rehenes en Teberán* (fondo), la CIJ, al volver a referirse a las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y sobre Relaciones Consulares (1963), señaló: primero, su carácter universal (párr. 45); segundo, sus obligaciones, no meramente contractuales, sino más bien impuestas por el propio derecho internacional general (párr. 62); y tercero, su carácter imperativo (párr. 88) y su importancia capital en el "mundo interdependiente" de hoy día (párrs. 91-92)²⁵. La Corte llegó inclusive a invocar expresamente, en relación con tales disposiciones, lo enunciado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (párr. 91)²⁶.

27. La ubicación de la materia en examen en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos cuenta, pues, con reconocimiento judicial, ya no más pudiendo subsistir dudas acerca de una *opinio juris* en este sentido. Es ésta tan clara y contundente que no habría siquiera cómo intentar acudir a la figura nebulosa del así-llamado "objector persistente" (*persistent objector*). Hace más de una década me referí a esta formulación inconvincente, que jamás encontró el respaldo que ha buscado en vano en la jurisprudencia internacional, como una nueva manifestación de la vieja concepción voluntarista del derecho internacional, enteramente inaceptable en la actual etapa de evolución de la comunidad internacional; la jurisprudencia internacional, sobretodo a partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (1969), ha venido confirmando de forma inequívoca que el elemento subjetivo de la costumbre internacional es la *communis opinio juris* (de por lo menos la mayoría general de los Estados), y de forma alguna la *voluntas* de cada Estado individualmente²⁷.

²⁴. *Ibid.*, p. 20. - El lenguaje utilizado por la Corte de La Haya fue muy claro, en nada sugiriendo una visión de las referidas Convenciones de Viena de 1961 y 1963 bajo una óptica contractualista en el plano de relaciones exclusivamente interestatales; al contrario, advirtió ella que la normativa de las dos Convenciones tiene incidencia en las relaciones entre los pueblos y las naciones, así como en la protección y asistencia a los extranjeros en el territorio de otros Estados. Ya entonces (fines de los años setenta), no había cómo dejar de relacionar tal normativa con los derechos humanos.

²⁵. *ICJ Reports* (1980) pp. 24, 31 y 41-43.

²⁶. *Ibid.*, p. 42. - En su Voto Separado, el Juez M. Lachs se refirió a las disposiciones de las citadas Convenciones de Viena de 1961 y 1963 como "el bien común de la comunidad internacional", habiendo sido "confirmadas en el interés de todos" (*ibid.*, p. 48).

²⁷. A.A. Cançado Trindade, "Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States", *Thesaurus Acroasium - Sources of International Law*

28. En el mundo interdependiente de nuestros días, la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja - los extranjeros detenidos - y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobretodo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial.

29. Al emitir en esta fecha la decimosexta Opinión Consultiva de su historia, la Corte Interamericana, en el ejercicio de su función consultiva dotada de amplia base jurisdiccional, ha actuado a la altura de las responsabilidades que le atribuye la Convención Americana²⁸. De esta Opinión Consultiva - y en particular de sus puntos resolutiveos 1 y 2 - se desprende claramente que no es más posible considerar el derecho a la información sobre la asistencia consular (bajo el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) sin directamente vincularlo con el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

30. En el marco de este último, la titularidad jurídica internacional del ser humano, emancipado del yugo estatal, - tal como la antevían los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho *de gentes*), - es en nuestros días una realidad. El modelo westphaliano del ordenamiento internacional configúrase agotado y superado. El acceso del individuo a la justicia a nivel internacional representa una verdadera revolución jurídica, quizás el más importante legado que llevaremos al próximo siglo. De ahí la importancia capital, en esta conquista histórica, del derecho de petición individual conyugado con la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de las

(XVI Session, 1988), Thessaloniki (Grecia), Institute of Public International Law and International Relations, 1992, pp. 77-79.

²⁸. La Corte Interamericana, como tribunal internacional de derechos humanos, encuéntrase particularmente habilitada a pronunciarse sobre la consulta que le fue formulada, de tenor distinto de los dos casos contenciosos recientemente sometidos a la CIJ acerca de aspectos de la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Obsérvese, al respecto, que, en el reciente caso *LaGrand* (Alemania *versus* Estados Unidos), en las medidas provisionales de protección ordenadas por la CIJ en 03.03.1999, en su Explicación de Voto uno de los Jueces se permitió recordar que, en su función contenciosa como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia se limita a resolver las controversias internacionales relativas a los *derechos y deberes de los Estados* (inclusive tratándose de medidas provisionales de protección) - (cf. Declaración del Juez S. Oda, caso *LaGrand* (Alemania *versus* Estados Unidos), *ICJ Reports* (1999) pp. 18-20, párrs. 2-3 y 5-6; y cf., en el mismo sentido, Declaración del Juez S. Oda, caso *Breard* (Paraguay *versus* Estados Unidos), *ICJ Reports* (1998) pp. 260-262, párrs. 2-3 y 5-7).

Cortes Interamericana y Europea²⁹ de Derechos Humanos, que, en mi Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi versus Perú* (excepciones preliminares, sentencia del 04.09.1998) ante esta Corte, me permití denominar de verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos (párrafo 36).

31. Las Convenciones "normativas", de codificación del derecho internacional, tal como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, adquieren vida propia que ciertamente independe de la voluntad individual de cada uno de los Estados Partes. Dichas Convenciones representan mucho más que la suma de las voluntades individuales de los Estados Partes, propiciando también el desarrollo progresivo del derecho internacional. La adopción de tales Convenciones vino a demostrar que sus funciones trascienden en mucho las asociadas con la concepción jurídica de "contratos", que influyó en el origen y desarrollo histórico de los tratados (sobretudo los bilaterales). Un gran reto de la ciencia jurídica contemporánea reside precisamente en emanciparse de un pasado influenciado por analogías con el derecho privado (y en particular con el derecho de los contratos)³⁰, pues nada es más antitético al rol reservado a las Convenciones de codificación en el derecho internacional contemporáneo que la visión tradicional contractualista de los tratados³¹.

32. Las Convenciones de codificación del derecho internacional, tal como la citada Convención de Viena de 1963, una vez adoptadas, en vez de "congelar" el derecho internacional general, en realidad estimulan su mayor desarrollo; en otras palabras, el derecho internacional general no sólo sobrevive a tales Convenciones, pero es revitalizado por ellas³². Aquí, una vez más, se hace presente el factor tiempo, como instrumental para la formación y cristalización de normas jurídicas - tanto

²⁹. En cuanto a esta última, anteriormente al Protocolo XI a la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró en vigor el 01.11.1998.

³⁰. Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 187.

³¹. En las primeras décadas de este siglo, el recurso a analogías con el derecho privado era relacionado con el desarrollo insuficiente o imperfecto del derecho internacional (Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, Longmans/Archon, 1927 (reprint 1970), pp. 156 y 299). La evolución del derecho internacional en las últimas décadas recomienda, hoy día, una postura menos complaciente al respecto.

³². H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 146; E. McWhinney, *Les Nations Unies et la Formation du Droit*, Paris, Pédone/UNESCO, 1986, p. 53; A. Cassese y J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, W. de Gruyter, 1988, pp. 3-4 (intervención de E. Jiménez de Aréchaga).

convencionales como consuetudinarias - dictadas por las necesidades sociales³³, y en particular las de protección del ser humano.

33. El desarrollo progresivo del derecho internacional se realiza igualmente mediante la aplicación de los tratados de derechos humanos: tal como señalé en mi citado Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzzi* (1998 - *supra*), el hecho de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, superando dogmas del pasado (particularmente los del positivismo jurídico de triste memoria), va mucho más allá del Derecho Internacional Público en materia de protección, al abarcar el tratamiento dispensado por los Estados a todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, en nada afecta ni amenaza la unidad del Derecho Internacional Público; todo lo contrario, contribuye a afirmar y desarrollar la aptitud de este último para asegurar el cumplimiento de las obligaciones convencionales de protección contraídas por los Estados *vis-à-vis* todos los seres humanos - independientemente de su nacionalidad o de cualquier otra condición - bajo sus jurisdicciones.

34. Estamos, pues, ante un fenómeno bien más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos. En la *civitas maxima gentium* de nuestros días, se ha tornado imprescindible proteger, contra un tratamiento discriminatorio, a extranjeros detenidos, vinculando así el derecho a la información sobre la asistencia consular con las garantías del debido proceso legal consagradas en los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos.

35. En este final de siglo, tenemos el privilegio de testimoniar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo³⁴ a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario.

³³. Cf. CIJ, Voto Disidente del Juez K. Tanaka, casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Sentencia del 20.02.1969, *ICJ Reports* (1969), pp. 178-179.

³⁴. Ya a mediados del siglo se advertía para la imposibilidad de la evolución del Derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero "derecho humano". J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles

Manuel E. Ventura Robles
Secretario