

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva, por entender que su interpretación del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atiende con fidelidad a los imperativos complementarios de la búsqueda de la verdad, la seguridad jurídica, el equilibrio y la equidad procesales, y la realización de la justicia bajo la Convención. En cuanto a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a la cuestión de su *competencia* y de la *admisibilidad* de la solicitud de Opinión Consultiva, además de votar a favor de dicha decisión, me veo obligado a agregar el presente Voto Concurrente.

2. En un procedimiento consultivo marcado por el incidente del retiro por parte de Chile de su consulta a la Corte, considero correcta la firme posición por ésta asumida y sostenida, desde sus resoluciones del 14 de abril y del 12 de septiembre de 1997 hasta la adopción de la presente Opinión Consultiva. La decisión de la Corte de sostener el amplio alcance de su competencia consultiva, a pesar del retiro de la solicitud original de Chile, representa, a mi juicio, un avance en la materia, con consecuencias positivas hacia el fortalecimiento de su función consultiva bajo el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. El incidente ocurrido en el presente procedimiento consultivo generó una serie de interrogantes e incertidumbres que trascienden las circunstancias del presente asunto y alcanzan las bases de la función consultiva de la Corte Interamericana, con repercusiones en el propio mecanismo de supervisión de la Convención Americana. Por consiguiente, me veo en el deber de, a título de aclaración y como fundamentación de la posición que asumí al respecto desde el inicio de la consideración por la Corte del presente asunto, dejar constancia de mi razonamiento sobre la cuestión, que refleja, en última instancia, mi concepción de los fundamentos del propio ordenamiento jurídico internacional.

4. En su escrito presentado a la Corte el 31 de julio de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que, con el retiro efectuado por Chile de su solicitud consultiva original, quedó la Corte sin una "petición explícita" de Opinión Consultiva. En el entender de la Comisión, el referido retiro privó a la Corte de la competencia para emitir la Opinión Consultiva, por cuanto la Convención Americana no le confiere la potestad de emitirla *ex officio* o *motu proprio*¹. La línea de argumentación de la Comisión atribuye, pues, importancia decisiva al *comportamiento* del Estado solicitante subsiguiente a la presentación de su petición, a punto de condicionar la propia *competencia* de la Corte de *decidir* la emisión de la Opinión Consultiva a dicho comportamiento y sus efectos.

5. El razonamiento de la Comisión revela una visión de la base jurisdiccional de la función consultiva internacional propia de otra época, y de muy difícil sustentación en nuestros días. Al contrario de lo que supone la Comisión, entiendo que, por fuerza de un principio del Derecho Internacional cristalizado en la práctica arbitral internacional y dotado de

¹ CIDH, *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Tramitación del Procedimiento Consultivo que se Inició con Base en una Solicitud Presentada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Gobierno de Chile el 13 de Noviembre de 1996*, de 31.07.1997, pp. 2-4, párrafos 7-12, y p. 19, párrafo 53(1); y cf. también p. 2, párrafo 6. - Tanto en su referido escrito (cf. *ibid.*, pp. 5-7, párrafos 15-24, y p. 15, párrafo 38) como en la audiencia pública ante la Corte del 10 de noviembre de 1997, la Comisión dejó claro que hubiera preferido que la Corte declarase la solicitud de Opinión Consultiva inadmisibile, por referirse a un "caso contencioso encubierto".

reconocimiento judicial², todo tribunal internacional y todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el *poder inherente* de determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*).

6. Toda vez que la Corte decide responder o no una solicitud de Opinión Consultiva, está ejerciendo el poder de determinar su propia competencia, emanado de un principio del Derecho Internacional general, y no condicionado por el comportamiento del Estado u órgano solicitante. Dicho principio, a su vez, reposa, no en la "voluntad de las partes" (o sea, del Estado u órgano interesado), como se pensaba en el pasado y como el escrito de la Comisión todavía pretende hacer creer, sino más bien en la naturaleza intrínseca del órgano judicial internacional.

7. Una vez puesto en movimiento el procedimiento consultivo, y notificada la consulta a todos los Estados miembros y órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y estando la petición ya bajo el conocimiento de la Corte, no hay cómo pretender privar a ésta de su competencia, ni siquiera por el retiro de la solicitud original. La Corte tiene la competencia de la competencia, y decide, en el ejercicio de su discrecionalidad, si emite o no la Opinión Consultiva. El retiro no tiene cualquier efecto sobre su competencia ya establecida. La materia objeto de la petición ya se encuentra bajo su conocimiento, y *la Corte es maestra de su jurisdicción*.

8. La fragilidad del argumento en contrario, pretendiendo negar la competencia de la Corte en las circunstancias del presente procedimiento consultivo, no resiste a un examen más riguroso de la materia. Como me he mantenido siempre en la posición de la defensa de la integridad de las facultades, como órganos de protección de los derechos humanos bajo la Convención Americana, *tanto de la Corte como de la Comisión*, me veo aquí en la obligación de, con la misma determinación, sostener la intangibilidad de la competencia de la Corte, la cual curiosamente la Comisión buscó negar en el presente asunto.

9. Entiendo que, aún en la circunstancia del retiro de una solicitud de Opinión Consultiva, como en el presente procedimiento, se impone, a mi juicio, la prevalencia de la jurisdicción consultiva de la Corte. Dicha jurisdicción (*jus dicere, jurisdictio*, la potestad de declarar el Derecho) no puede estar a merced de la voluntad cambiante de los interesados; su competencia (potestad de conocer un determinado asunto), como medida o especie de tal jurisdicción, no puede estar condicionada por las vicisitudes de las manifestaciones del consentimiento por parte del Estado u órgano solicitante de la Opinión Consultiva.

10. La consideración de la materia no puede prescindir de un examen de los elementos jurisprudenciales disponibles. Como la Corte Europea de Derechos Humanos todavía no ha ejercido su función consultiva bajo el Protocolo n. 2 (de 1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de los términos extremadamente restrictivos de aquel Protocolo (sobre todo su artículo 1(2)) que casi lo privan de finalidad, tornándolo vacío de sentido, - el análisis que me permito desarrollar incide en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (y su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional), a la par de la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

11. En el asunto de la *Carelia Oriental* (1923), la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) se abstuvo de dar una Opinión Consultiva por considerar que, si la emitiera, equivaldría ésto a decidir una disputa pendiente entre Rusia y Finlandia. Esta decisión se tornó *locus classicus* para la tesis de que el consentimiento del Estado interesado era siempre un prerequisite para el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte³. Esta tesis,

². International Court of Justice (ICJ), *Nottebohm case* (Liechtenstein *versus* Guatemala), *ICJ Reports* (1953) p. 119.

³. Permanent Court of International Justice (PCIJ), Series B, n. 5, 1923, p. 27.

alineada con el positivismo jurídico prevaleciente en la época⁴, fue, sin embargo, prontamente abandonada y sistemáticamente rechazada por la nueva Corte Internacional de Justicia (CIJ).

12. Ya en 1950 se manifestó esta última contra el llamado “principio de la *Carelia Oriental*”: en el asunto de la *Interpretación de los Tratados de Paz*, la CIJ descartó la oposición de Bulgaria, Hungría y Rumania a que emitiera una Opinión Consultiva en razón de la falta de su consentimiento. Para la CIJ, tratábase de una confusión entre los principios que rigen los procedimientos contencioso y consultivo, por cuanto el consentimiento del Estado interesado era una precondition tan sólo de la jurisdicción contenciosa, y no de la consultiva. Por consiguiente, ningún Estado podría impedir que la CIJ decidiera dar una Opinión Consultiva solicitada⁵.

13. Así, tanto en la Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz* (1950) como en la Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951)⁶, la CIJ se manifestó en defensa de la base jurisdiccional propia de su competencia consultiva, afirmando que no debería en principio dejar de responder a un pedido de Opinión Consultiva. La función consultiva de un tribunal internacional como la CIJ pasaba a afirmarse como dotada de características propias, que la distinguían claramente de la competencia en materia contenciosa.

14. En sucesivas ocasiones la CIJ, en efecto, afirmó la existencia de una “cuestión jurídica”, y acrecentó que, aunque existieron aspectos políticos, ni por eso la cuestión objeto de los pedidos de Opinión Consultiva dejaba de ser jurídica, afirmándose así su competencia para emitir la Opinión Consultiva, en el desempeño de una tarea esencialmente judicial⁷. La supuesta motivación política de una solicitud de Opinión Consultiva y las eventuales “implicaciones políticas” que la Opinión Consultiva pudiera tener, - advirtió la CIJ, - eran irrelevantes en el establecimiento de su competencia para dar tal Opinión Consultiva⁸.

4. Aún en una época fuertemente marcada por el voluntarismo estatal y el positivismo jurídico, la de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), logró ésta, sin embargo, a partir de 28 solicitudes, emitir 26 Opiniones Consultivas (período 1922-1935), declinando de hacerlo en un asunto, siendo que una única solicitud fue retirada (asunto de la *Expulsión del Patriarca Ecuménico*), el 16.06.1925, antes de que se tomara cualquier providencia al respecto. Cf. CPJI, *III Rapport Annuel* (1926-1927), Serie E, n. 3, p. 185.

5. Como la presente solicitud de Opinión Consultiva tenía como propósito aclarar la Asamblea General de Naciones Unidas en cuanto a las oportunidades de que el procedimiento de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania viniera a poner fin a la situación existente - una cuestión jurídica, esencialmente, - la CIJ decidió emitir la Opinión Consultiva. International Court of Justice (ICJ), Advisory Opinion on *Interpretation of Peace Treaties*, *ICJ Reports* (1950) pp. 71-72.

6. ICJ, Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention*, *ICJ Reports* (1951) p. 19.

7. ICJ, Advisory Opinion on *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations*, *ICJ Reports* (1947-1948) pp. 61-62; ICJ, Advisory Opinion on *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, *ICJ Reports* (1950) pp. 6-7; ICJ, Advisory Opinion on *Certain Expenses of the United Nations*, *ICJ Reports* (1962) p. 155; ICJ, Advisory Opinion on *Application for Review of Judgement n. 158 of the U.N. Administrative Tribunal*, *ICJ Reports* (1973) p. 172; ICJ, Advisory Opinion on *Interpretation of the Agreement of 1951 between the WHO and Egypt*, *ICJ Reports* (1980) p. 87.

8. ICJ, Advisory Opinion on *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, *ICJ Reports* (1996) pp. 73-74. En el presente asunto, la CIJ respondió la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero no la de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Aún así, la Opinión Consultiva de la CIJ, sobre tema de tan trascendental importancia para el futuro de la humanidad, lamentablemente se limitó a constatar la existencia de lo que consideró como incertidumbre jurídica sobre la materia; su Opinión Consultiva, inconclusa y nebulosa, contrasta con la fuerza y claridad de los alegatos, por ejemplo, de Nueva Zelandia; cf. éstos últimos *in* ICJ, *Audience publique du 09 novembre 1995 - Compte rendu* (Année 1995), doc. CR-95/28, pp. 19-37 (mecanografiado, circulación limitada).

15. En el célebre asunto de *Namibia* (1971), por ejemplo, la CIJ rechazó el argumento de África del Sur - que se oponía a que ella emitiera la Opinión Consultiva - de que se trataba de una cuestión política involucrando una disputa entre África del Sur y otros Estados: de esto no se trataba, replicó la CIJ, ponderando que estaba delante de una solicitud de Opinión Consultiva que ella, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debía atender para aclarar las consecuencias e implicaciones de las decisiones del Consejo de Seguridad al respecto. Además, el hecho de haber puntos "factuales" para requerir examen en nada afectaba el carácter de "cuestión jurídica" a ella sometida para una Opinión Consultiva. Para pronunciarse sobre "cuestiones jurídicas", remató la Corte, había también que examinar aspectos factuales, no habiendo cualquier "fuerte razón" que pudiera llevar a la CIJ a abstenerse de dar la Opinión Consultiva solicitada⁹.

16. Si la CIJ hubiera tomado otra posición, según una visión más restrictiva de su competencia consultiva, hubiera dejado de dar una Opinión Consultiva de transcendencia histórica. Considero la Opinión Consultiva sobre *Namibia* (1971), para el derecho intertemporal, la Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (1951), para el reconocimiento de principios humanitarios imponiéndose a los Estados aún en la ausencia de cualquier obligación convencional (preanunciando el advenimiento del concepto del *jus cogens*¹⁰), y la Opinión Consultiva sobre *Reparaciones de Daños* (1948), para la aserción de la personalidad jurídica internacional de Naciones Unidas (y *a fortiori* de la de otras organizaciones internacionales), las tres Opiniones Consultivas de la CIJ de mayor significación en perspectiva histórica para la evolución del Derecho Internacional contemporáneo.

17. Ninguna de ellas hubiera sido posible¹¹ si la CIJ hubiera partido de una concepción voluntarista ultrapasada del Derecho Internacional, con un apego instintivo al consentimiento del Estado individual para el ejercicio de la competencia no sólo contenciosa sino también consultiva de los tribunales internacionales. La gran contribución de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz* (1950) consistió precisamente en dejar bien claro que los principios que rigen los procedimientos contencioso y consultivo son esencialmente distintos. El consentimiento estatal condiciona el primero, pero no el segundo.

18. Eventuales oposiciones al ejercicio de la función consultiva (alegando la existencia de "elementos factuales", o de un "caso contencioso encubierto", o de una "disputa" involucrando uno o más Estados, o de una simple "controversia") no deben, pues, impresionar; no hay que darles una dimensión que no tienen. Tales oposiciones han sido una constante en la práctica judicial internacional, y han sido repetidamente descartadas por la CIJ. No hay nada de nuevo bajo el sol. Por ejemplo, en el asunto del *Sabara Occidental* (1975), fue España quien invocó en vano el requisito del consentimiento tal como afirmado éste por la antigua CPJI en el asunto de la *Carelia Oriental* (*supra*), mientras que Marruecos y Mauritania optaron por fundamentarse en los desarrollos jurisprudenciales posteriores (Opiniones Consultivas de la CIJ sobre la *Interpretación de los Tratados de Paz*, y sobre *Namibia*, *supra*).

⁹. ICJ, Advisory Opinion on *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, ICJ Reports (1971) pp. 21-24 y 27.

¹⁰. Consagrado, años después, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), y de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).

¹¹. La competencia consultiva de la CIJ ha sido ejercida, mucho más que la de su predecesora la CPJI, para aclarar cuestiones jurídicas del Derecho de las Organizaciones Internacionales (sobre todo de las Naciones Unidas), atinentes tanto a las cartas constitutivas de organizacionales internacionales como a los efectos jurídicos de resoluciones de sus órganos principales; nada de esto hubiera tampoco sido posible si la CIJ, en lugar de adoptar su enfoque teleológico, hubiera partido de una concepción voluntarista de su función consultiva subordinada al consentimiento de cada Estado individualmente.

19. En la misma línea de éstos últimos, sostuvo la Corte de La Haya que una cuestión no dejaba de ser jurídica por tener aspectos políticos, siendo, pues, susceptible de constituirse en objeto de una Opinión Consultiva. Siendo la competencia contenciosa (sujeta al consentimiento) distinta de la consultiva, y teniendo una Opinión Consultiva - por fuerza de su propia definición - carácter tan sólo consultivo, - prosiguió la referida Corte, - ningún Estado miembro de Naciones Unidas podía impedir que tal Opinión Consultiva fuera emitida por la CIJ, como órgano judicial principal que participa en la vida de la Organización de las Naciones Unidas; tanto es así que en el procedimiento consultivo no hay partes, ni reglas sobre pruebas (tal como la de la carga de la prueba)¹².

20. Más recientemente, en el asunto de la *Aplicabilidad del Artículo VI, Sección 22, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas* (1989), volvió la CIJ a ponderar que se encontraba delante de una cuestión jurídica, por cuanto se refería a una convención internacional y su aplicación; distintamente de la competencia contenciosa, el consentimiento de los Estados no es precondition de su competencia consultiva, y ningún Estado podía impedir que la CIJ diera una Opinión Consultiva. En aquel procedimiento, agregó la Corte, la ausencia de consentimiento por parte de Rumania no tenía efecto alguno sobre la jurisdicción de la Corte¹³. Prosiguió la Corte, por consiguiente, como en ocasiones anteriores, a emitir la Opinión Consultiva.

21. Pasando del plano global al regional interamericano, la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ésta propia ha señalado desde el inicio en su jurisprudencia, es particularmente amplia, como se desprende de los términos del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, inéditos y sin paralelos¹⁴ en la función judicial internacional. Los *travaux préparatoires* del artículo 64 de la Convención Americana confirman el propósito original de dotar a la Corte Interamericana de competencia consultiva particularmente amplia, sin antecedentes en el Derecho Internacional contemporáneo¹⁵.

22. Abierta la facultad de solicitud de Opiniones Consultivas tanto a los Estados Partes en la Convención Americana, como a los Estados miembros y a los órganos principales de la OEA, el atendimiento por la Corte de eventuales solicitudes corresponde a un imperativo de *ordre public*, para ayudar a dichos Estados y órganos en la correcta aplicación de la Convención y en el cumplimiento cabal de las obligaciones convencionales¹⁶. Resulta claro, pues, que la función consultiva de la Corte, tan ampliamente concebida, no está sujeta a las restricciones derivadas del prerrequisito del consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción, distintamente de su competencia en materia contenciosa (artículo 62(1) de la Convención). Las limitaciones de esta última dan muestras de la falta de automatismo de la jurisdicción internacional para el examen de casos concretos.

23. El procedimiento consultivo tiene características y lógica propias: en él no hay partes (demandante y demandada), no hay Sentencia (tan sólo Opinión Consultiva), tampoco hay

12. ICJ, Advisory Opinion on *Western Sahara*, *ICJ Reports* (1975) pp. 18-24 y 26-29.

13. Reiteró la Corte su punto de vista de que debe ella, en principio, responder una solicitud de Opinión Consultiva, a no ser que existan "fuertes razones" en sentido contrario (cuestión de "judicial propriety"), lo que no se verificaba en el presente asunto. Cf. ICJ, Advisory Opinion on *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, *ICJ Reports* (1989) pp. 187-192.

14. En lo que concierne a la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos.

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Opinión Consultiva (OC-1/82) sobre "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (1982), párrafos 15-17 y 46.

16. CtIADH, Opinión Consultiva (OC-3/83) sobre *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983), párrafo 43.

sanciones y reparaciones. Nada hay que permita extender a dicho procedimiento el prerequisite del consentimiento estatal, propio del ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte. Todo lo que se busca, en el procedimiento consultivo bajo la Convención Americana (en los términos de su artículo 64), es obtener una interpretación por parte de la Corte Interamericana de disposiciones de la Convención (o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos) que facilite y perfeccione la aplicación de ésta¹⁷.

24. La Corte sólo se abstendría de responder a una solicitud de Opinión Consultiva si encontrase que la consulta excede el alcance de su competencia consultiva, sea porque busca debilitar el mecanismo de protección de la Convención de modo que menoscaba los derechos protegidos, sea porque busca desvirtuar o perjudicar la jurisdicción contenciosa de la Corte¹⁸. En la experiencia de la Corte hasta la fecha, en solamente una única ocasión estimó que responder la consulta formulada (por Costa Rica) podría desvirtuar su jurisdicción contenciosa y menoscabar los derechos humanos protegidos (de quienes habían formulado peticiones ante la Comisión Interamericana)¹⁹; la Corte decidió, pues, no responder la consulta, haciendo uso de su juicio discrecional, en el pleno ejercicio de su competencia consultiva.

25. Aparte de este episodio aislado, la jurisprudencia de la Corte, desde su primera Opinión Consultiva (de 1982), se ha desarrollado en las mismas líneas de la jurisprudencia internacional sobre la materia (en particular la de la Corte Internacional de Justicia), en el sentido de, en principio, responder siempre las consultas formuladas (aunque ante la oposición de algún Estado), descartando así una interpretación indebidamente restrictiva de su función consultiva²⁰. De ese modo, en el asunto de las *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983), la Corte desestimó la oposición de Guatemala a que diera la Opinión Consultiva, al considerar que el mero hecho de que existiera una controversia entre la Comisión Interamericana y Guatemala acerca del artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana no constituía fundamento suficiente para que se abstuviera la Corte de ejercer su competencia consultiva en aquel procedimiento²¹.

26. Siempre hay la posibilidad de que el interés de algún Estado pueda ser afectado, de un modo o de otro, por la interpretación dada en una determinada Opinión Consultiva; precisamente por eso se faculta a los Estados resguardar sus intereses mediante la plena participación, a ellos asegurada, en el procedimiento consultivo, para someter a la Corte sus puntos de vista sobre la materia bajo examen²² (Reglamento de la Corte, artículo 62). La Corte, a su vez, no tiene porqué preocuparse con las motivaciones que por ventura hayan inspirado una solicitud de Opinión Consultiva²³, o el retiro subsiguiente de dicha solicitud, o la

17. *Ibid.*, párrafos 22-23.

18. CIADH, Opinión Consultiva (OC-1/82) sobre "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (1982), párrafos 30-31.

19. CIADH, Opinión Consultiva (OC-12/91) sobre *Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8(2)(b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1991), párrafos 28 y 30-31.

20. CIADH, Opinión Consultiva (OC-1/82) sobre "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (1982), párrafos 23 y 50.

21. CIADH, Opinión Consultiva (OC-3/83) sobre *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983), párrafo 39.

22. *Ibid.*, párrafo 24.

23. ICJ, Advisory Opinion on *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations*, ICJ Reports (1947-1948) p. 61.

reconsideración de tal retiro. Su única preocupación debe ser con el fiel ejercicio de la importante función consultiva que le atribuye el artículo 64 de la Convención Americana.

27. Teniendo presente lo que señala la jurisprudencia internacional sobre la materia, una cuestión sometida al examen de la Corte Interamericana en la forma de una solicitud de Opinión Consultiva no debe acarrear la inhibición del Tribunal por el sólo hecho de estar circundada de alguna controversia. Por el contrario, con mayor razón debe la Corte Interamericana ejercer su función consultiva para aclarar la cuestión y, por este medio, abrir camino para una aplicación más eficaz de la Convención Americana. La experiencia de la CIJ provee una clara ilustración en este sentido. En lo que respecta a la Corte Interamericana, esta posición se impone con aún mayor fuerza, tratándose de una jurisdicción internacional de salvaguarda de los derechos humanos, a cuyos mecanismos de protección está subyacente la noción de *garantía colectiva*.

28. De lo anteriormente expuesto, resulta, a mi juicio, enteramente descartada la tesis del consentimiento del Estado u órgano individual interesado como base de la competencia consultiva de un tribunal internacional como la Corte Interamericana. Su única manifestación, propia de otra época, el llamado "principio de la *Carelia Oriental*", es hoy una pieza de museo, de interés tan sólo histórico. La *jurisprudence constante* de la CIJ cuidó de sepultar aquella manifestación de la concepción voluntarista del Derecho Internacional - reflejo o emanación de un positivismo jurídico degenerado²⁴, - que, si se hubiera mantenido y llevada a extremos, hubiera conllevado a la propia negación de todo ordenamiento jurídico internacional.

29. La referida concepción positivista-voluntarista jamás se libró de la contradicción entre el consentimiento estatal como supuesta base de las obligaciones derivadas de las normas internacionales y su premisa de la existencia de una regla jurídica previendo la fuerza obligatoria de todo aquello en que se consentía. Aún en un dominio del Derecho Internacional visiblemente permeado del voluntarismo estatal como el derecho de los tratados, se hacía presente la premisa de la fuerza objetivamente obligatoria de los tratados (*pacta sunt servanda*). Muy pronto la doctrina más esclarecida se dio cuenta de que el ordenamiento jurídico internacional era, *más que voluntario, necesario*. Y eso se tornó tan evidente sobre todo en el presente dominio de la protección internacional de la persona humana.

30. No tendría sentido intentar resucitar el principio de la *Carelia Oriental* en nuestros días, en vísperas del nuevo siglo, después de 50 años de jurisprudencia internacional sólidamente construida en sentido contrario. No estando el ejercicio de la competencia consultiva de un tribunal internacional como la Corte Interamericana condicionado al consentimiento individual de cada Estado, no hay cómo sostener que el ejercicio de tal competencia afecte la soberanía estatal, - noción ésta, además, ajena al dominio de la protección internacional de los derechos humanos, el cual se ha inspirado más bien en la noción de solidaridad.

31. En el presente procedimiento, en su ya mencionado escrito presentado a la Corte el 31.07.1997, la Comisión Interamericana reconoció la facultad de la Corte de proseguir con el examen de un caso contencioso aún cuando la parte demandante notifica su intención de desistir (artículo 54 del Reglamento de la Corte), pero consideró que esta norma, a la luz del artículo 63 del Reglamento, "no es completamente compatible" con el procedimiento consultivo²⁵. Dicha conclusión requiere demostración.

²⁴. Teniendo como variantes las teorías voluntaristas del *Veretnbarung*, de los *accords normatifs*, de la "auto-limitación" del Estado, - criticadas todas en mi ensayo "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de Droit international de sciences diplomatiques et politiques* (Sottile) - Ginebra (1981) pp. 201-240.

²⁵. CIDH, doc. *cit. supra* n. (1), p. 4, párrafo 13.

32. El artículo 54 del Reglamento señala, como justificación de la facultad que atribuye a la Corte, "las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos". De ese modo, al contrario de lo que supone el escrito de la Comisión, si en el ejercicio de su competencia contenciosa (condicionada por el previo consentimiento de los Estados Partes) puede la Corte proseguir con el examen de un caso concreto aún después del desistimiento de la parte demandante, *a fortiori* puede la Corte, con aún mayor razón, proseguir con el examen de una materia para emitir una Opinión Consultiva (cuyo trámite no está condicionado por el previo consentimiento estatal) aún después del retiro de la solicitud original.

33. Al solicitar una Opinión Consultiva de un tribunal internacional (dotado de competencia para tal), el Estado o el órgano solicitante *no* se presenta o se afirma como "parte demandante", pero tan sólo desencadena un procedimiento consultivo que existe en beneficio de todos los Estados Partes, y no solamente del Estado u órgano solicitante. Este último pone en movimiento un procedimiento destinado a aclarar cuestiones jurídicas, en beneficio de todos los Estados Partes, además de los órganos del sistema de protección.

34. Tanto es así que, en el presente procedimiento, después de solicitada por Chile (el 11 de noviembre de 1996) la Opinión Consultiva, dos otros Estados Partes en la Convención Americana, Guatemala y Costa Rica, intervinieron, remitiendo a la Corte Interamericana (en 31.01.1997 y en 17.03.1997, respectivamente) sus observaciones al respecto. Las de Guatemala tocaron clara y pertinentemente el fondo del asunto, y fueron reiteradas por el Estado de Guatemala ante la Corte en la audiencia pública del 10 de noviembre de 1997.

35. La solicitud de Chile de Opinión Consultiva versó efectivamente sobre una cuestión *jurídica*, atinente a la interpretación y aplicación del artículo 51 de la Convención Americana, de importancia a todos los Estados Partes en la Convención así como a los dos órganos de supervisión de la misma. Con el retiro subsiguiente de la solicitud por parte de Chile, después de notificada ésta a todos los Estados miembros y órganos principales de la OEA, la cuestión planteada en la consulta no perdió, como que por un toque de magia, ni su carácter jurídico, ni su importancia práctica.

36. Todo al contrario, el propio Estado de Chile, en su carta de retiro de la petición, del 24.03.1997, cuidó de hacer la salvedad de que "la solicitud de Opinión Consultiva recae sobre un punto jurídico de la mayor importancia práctica" (página 3). Y, en la audiencia pública ante la Corte del 10 de noviembre de 1997, al mismo tiempo en que afirmó su derecho tanto de solicitar una Opinión Consultiva a la Corte como de retirarla o desistirse de ella, señaló que acataría la resolución de la Corte del 14 de abril de 1997, en orden a proseguir la consideración del asunto, y declaró que - a pesar del retiro anterior - "desde luego acepta la competencia de la Corte para conocer esta solicitud de Opinión"²⁶.

37. Es cierto que un tribunal internacional no puede *ex officio* emitir una Opinión Consultiva, *sponte sua*, pues esto equivaldría a transformarse, *ultra vires*, en un legislador internacional. Nadie osaría atribuirle tal facultad, que no tiene. Sin embargo, un tribunal como esta Corte, una vez consultado, por un Estado o un órgano internacional, asume jurisdicción sobre el asunto, y puede y debe determinar *ex officio* si emitirá o no la Opinión Consultiva solicitada, aunque la solicitud haya sido retirada. El tribunal internacional tiene la *Kompetenz-Kompetenz* (*compétence de la compétence*), cuyo ejercicio corresponde a un juicio de discrecionalidad (conocido como "judicial propriety"), enteramente distinto de la cuestión de la competencia original para emitir la Opinión Consultiva.

38. En el presente procedimiento, la Corte retuvo correctamente su jurisdicción y determinó el alcance de su competencia, a pesar del retiro de la solicitud; de la misma forma,

²⁶ En su alegato, el Estado de Chile acrecentó que "considera que la Corte tiene competencia *ratione materiae* para evacuar la consulta formulada", y destacó la "importancia" de la cuestión jurídica planteada relativa a la interpretación de la Convención Americana. [Gobierno de Chile,] *Minuta Alegato OC-15 [ante la] Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp. 4 y 6 (mecanografiado, circulación limitada).

la cuestión en consideración mantuvo su carácter jurídico e importancia práctica para todos los Estados Partes en la Convención y los dos órganos de supervisión de esta última, a pesar del retiro de la solicitud. Por consiguiente, el retiro de la solicitud se configuró desprovisto de efectos jurídicos, y la Corte, con toda propiedad, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 63 de su Reglamento, entendió que tenía la facultad y el deber de pronunciarse sobre la materia sometida a su conocimiento, en el ejercicio de la función consultiva que le atribuye el artículo 64 de la Convención Americana.

39. El incidente ocurrido en el presente procedimiento deja una buena lección, para que en el futuro se eviten incidentes como éste²⁷. Pero si, aún así, el retiro de una solicitud de Opinión Consultiva vuelve a ocurrir, es de esperarse que no más se busque dotarlo de efectos que no tiene. La Comisión Interamericana, que siempre se ha guiado por el ideal de la realización de la protección internacional de los derechos humanos, en el presente asunto avanzó una argumentación que claramente no sirve a este propósito, y que, es de esperarse, sea por lo tanto abandonada por ella al pasado ya distante al cual pertenece. Los desencuentros de este incidente han servido, como el oro que se extrae de la piedra bruta, al menos para dejar aclarada la base jurisdiccional de la función consultiva de un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

40. Dicha función consultiva, en resumen, subsiste, independientemente del comportamiento subsiguiente del Estado u órgano solicitante. Este último, al formular la consulta, pone en movimiento un procedimiento consultivo que existe en beneficio de todos los Estados Partes, y que no está condicionado al consentimiento individual del solicitante. Al empezar a conocer la cuestión jurídica sobre la cual se solicita la Opinión Consultiva, la Corte, a su vez, como ya señalé, es maestra de su jurisdicción y soberana del procedimiento. Aún más, como advierte la jurisprudencia internacional, tiene ella el *deber* de salvaguardar su propia función judicial²⁸.

41. Siendo así, resultaría inadmisibles cualquier intento de subordinar la competencia consultiva de un tribunal internacional como la Corte Interamericana al comportamiento cambiante y a las vicisitudes de las manifestaciones del consentimiento de cada uno de los interesados en la consulta. Tal como es concebida la función consultiva de la Corte Interamericana, su operación es materia de *ordre public* internacional. La tesis que aquí firmemente sostengo, en apoyo a la decisión de competencia y admisibilidad tomada por la Corte en la presente Opinión Consultiva, se impone, a mi juicio, con aún mayor fuerza, en el presente dominio de la protección internacional de los derechos humanos, que se inspira en valores comunes superiores.



Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez



Manuel E. Ventura Robles
Secretario

27. En lo relativo al ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte, por ejemplo, es melancólico el recuerdo del incidente procesal generado por el retiro de la demanda en el caso *Cayara*, relativo al Perú (Excepciones Preliminares, 1993), con consecuencias tan negativas para la salvaguardia de los derechos humanos en el marco del sistema interamericano de protección. No hay que olvidar *Cayara*...

28. ICJ, *Northern Cameroons case* (Cameroun versus United Kingdom), *ICJ Reports* (1963) p. 38; y cf. ICJ, *Advisory Opinion on Interpretation of Peace Treaties*, *ICJ Reports* (1950) pp. 71-72.