

VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. He concurrido con mi voto para la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia en el caso *Acosta Calderón versus Ecuador*, por haber estado de acuerdo con los puntos resolutive de la misma y con lo que ha dicho la Corte en las consideraciones que los motivaron. Lo que no me satisface es lo que la Corte dejó de decir sobre otras cuestiones planteadas en el presente caso, las cuales, en mi entender, deberían haber motivado dos otros puntos resolutive en la presente Sentencia. De ahí mi decisión de hacer conocer a la Corte el presente Voto Razonado, en el cual me veo en la obligación de dejar constancia de mi razonamiento, ciertamente distinto del de la Corte, sobre los puntos por ella eludidos.

2. En el caso *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997), la Corte Interamericana declaró la violación del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en consecuencia de que el artículo 114 *bis*, *in fine*, del Código Penal ecuatoriano, vigente en aquel entonces, despojaba "a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra", y, por ende, lesionaba intrínsecamente a "todos los miembros de dicha categoría de inculpados" (párr. 98). La Corte entendió que la aplicación de aquella disposición legal había causado un "perjuicio indebido a la víctima, e hizo notar que, independientemente de su aplicación, ella *per se* violaba el artículo 2 de la Convención Americana (párr. 98). La referida disposición del Código Penal ecuatoriano (artículo 114 *bis*) resultaba violatorio del artículo 2 de la Convención precisamente por su carácter discriminatorio, y en particular por tratar como desiguales ante la ley a personas encausadas por delitos de narcotráfico (sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

3. A pesar de no haber sido declarada en aquel caso, decidido en 1997, una violación del artículo 24 de la Convención, subsiguientemente, en su histórica Opinión Consultiva N° 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), la Corte desarrolló su jurisprudencia en materia de discriminación e desigualdad ante la ley, habiendo declarado que

"el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*" (párr. 101).

4. En su reciente Sentencia en el caso *Yatama versus Nicaragua*, adoptada el día de ayer, 23 de junio de 2005, la Corte ha confirmado el gran avance jurisprudencial alcanzado por su Opinión Consultiva No. 18, que ha reafirmado el carácter de *jus cogens* del principio de la igualdad y no discriminación (párr. 184), y ha señalado que,

"Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe" (párrs. 185-186).

5. En el presente caso *Acosta Calderón*, la misma disposición legal que la Corte concluyó haber causado un daño a la víctima en el caso *Suárez Rosero*, causó igualmente un perjuicio indebido a la víctima en el *cas d'espèce*, en el momento de la ocurrencia de los hechos. Aunque los dos primeros párrafos del artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano, entonces vigente, asignaban a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existían las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contenía una excepción a dicho derecho¹, - que esta Corte consideró incompatible con la Convención Americana (artículo 2).

6. Teniendo presente el desarrollo jurisprudencial de la Corte, del caso *Suárez Rosero* hasta el presente caso *Acosta Calderón* (Opinión Consultiva n. 18 y caso *Yatama*, *supra* párrs. 3 y 4), no veo cómo dejar de establecer en la presente Sentencia que el referido artículo 114 *bis*, *in fine*, del Código Penal ecuatoriano, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso *Acosta Calderón* (abarcando el período en que estaba detenido), incurrió en violación del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en combinación con el artículo 24 (derecho a la igualdad ante la ley), de la Convención Americana².

7. El referido artículo 114 *bis*, *in fine*, del Código Penal ecuatoriano, aplicado en el presente caso, violó el artículo 2 de la Convención Americana precisamente por ser discriminatorio; violó, asimismo, por consiguiente, también el artículo 24 de la Convención Americana. Me aparto, pues, de la Corte, en este punto, por haber el Tribunal eludido la

¹. En perjuicio de los encausados por supuesto involucramiento en narcotráfico.

². Ha sido demostrado ante la Corte (en la Sentencia de reparaciones, del 20.01.1999, en el caso *Suárez Rosero*, párr. 82) que, el 24.12.1997, el Tribunal Constitucional del Ecuador declaró inconstitucional el artículo 114 *bis* del Código Penal. Sin embargo, de conformidad con lo alegado por los representantes, el 18.12.1997 se introdujo una reforma al Código de Ejecución de Penas en la que supuestamente se introdujo una disposición discriminatoria (*supra*, párr. 129(f)). De todos modos, no procedería examinar en la Sentencia en el presente caso el alcance de las reformas de 18.12.1997 alegadas por los representantes (i.e., su incompatibilidad o no con la Convención Americana), por ser posteriores a los hechos del *cas d'espèce*, toda vez que al Sr. R. Acosta Calderón se le concedió la libertad el 29.07.1996.

cuestión, y no haber sido consistente con su propia evolución jurisprudencial reciente. Aún más, la Corte dejó de seguir, en este particular, el criterio que la orientó en la Sentencia adoptada en el día de ayer, 23 de junio de 2005, en el caso *Yatama versus Nicaragua*. Con este lapso *superveniens*, en un plazo de tan sólo 24 horas, en materia tan relevante como el principio del *jus cogens* de la igualdad y no discriminación³, la Corte, en este punto específico, ha lamentablemente frenado su propio desarrollo jurisprudencial.

8. Como la Corte ha sostenido en su Opinión Consultiva No. 18, de 2003, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados; en virtud del carácter perentorio del principio básico de la igualdad y no discriminación, "los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias" (párr. 88). Los graves males de nuestros tiempos, - el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, entre otros tantos, - deben ser combatidos *dentro del Derecho*, pues simplemente no se puede enfrentarlos con sus propias armas: dichos males sólo pueden ser vencidos *dentro del Derecho*.

9. Nada justifica tratar ciertas personas con menoscabo al principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que además informa y conforma el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana. Es este un principio del *jus cogens*, el cual no puede ser eludido en circunstancia alguna. Espero que muy pronto la Corte recupere la línea avanzada de su propia jurisprudencia reciente, y se recupere, a sí misma, del lapso en que a mi juicio ha incurrido, en este particular, en la presente Sentencia.

10. Además del punto resolutivo que faltó, con la debida sustentación, sobre la violación del artículo 24 (derecho a la igualdad ante la ley) de la Convención en el presente caso, la Corte también dejó de establecer la violación del artículo 5 de la Convención (derecho a la integridad personal) en el *cas d'espèce*. El párrafo 140 de la presente Sentencia, mediante el cual la Corte se consideró desprovista de "elementos probatorios suficientes para pronunciarse sobre la violación del artículo 5 de la Convención", *data venia*, no se sostiene.

11. Una detención arbitraria (como lo estableció la Corte en el presente caso), sea por cinco años, o por cinco meses, o por cinco semanas, en las condiciones carcelarias prevalecientes sea en el continente americano, o en el europeo⁴, o en los demás continentes del mundo (o submundo "globalizado" de las cárceles), no deja de causar traumas en los indebidamente privados de su libertad. No se requiere una "*substantial evidence*" para establecer una violación del derecho a la integridad personal del individuo detenido arbitrariamente. La Corte estaba habilitada a acudir a una presunción irrefutable en ese sentido, de conformidad con su *jurisprudence constante* al respecto; debió así haber

³. Sobre la relevancia de dicho principio, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

⁴. Como se desprende de la práctica de la Comisión Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Sanción Inhumana o Degradante (bajo la Convención Europea de 1987 para la Prevención de la Tortura). Para una evaluación, cf. A. Cassese, *Inhuman States - Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, pp. 125-126.

procedido, con la correspondiente fundamentación de ese otro punto resolutivo que faltó.

12. En mi Voto Razonado en el caso *Tibi versus Ecuador* (2004), me referí precisamente a los efectos de la detención arbitraria y la condición carcelaria sobre los indebidamente privados de su libertad (párrs. 2-7). El Derecho, en efecto, no puede dejar de venir al amparo *completo* de aquellos que se encuentran simplemente olvidados en el submundo de las cárceles, en las casas de los muertos tan lucidamente denunciadas en el siglo XIX por F. Dostoievski (*Recuerdos de la Casa de los Muertos*, 1862). A mi juicio, aquí se invierte la carga de la prueba: si se afirma o se considera que la afectación de la integridad personal no está demostrada *ipso facto* por una prolongada detención arbitraria, hay que probar esa presunta non-afectación (*onus probandi incumbit actori*)...

13. Quisiera concluir este Voto Razonado en un tono positivo, si es posible. En su fundamentación de la determinación de la violación del artículo 8(2) de la Convención (garantías judiciales), en combinación con el artículo 1(1) de la misma, en el presente caso, la Corte ponderó que el Sr. R. Acosta Calderón,

"como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa (...). En este sentido, la Corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa del señor Acosta Calderón, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal" (párr. 125).

14. Efectivamente, el derecho a la información sobre la asistencia consular es un *derecho individual*. La Corte ha basado su correcta ponderación al respecto en su anterior y verdaderamente pionera Opinión Consultiva No. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999, párrs. 106, 86 y 122). Esta Opinión Consultiva, adoptada por la Corte el 01 de octubre de 1999, ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre el tema, - como ha sido ampliamente reconocido por la doctrina jurídica contemporánea⁵.

⁵. Por ejemplo, la bibliografía especializada, al referirse a la posterior decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), del 27.06.2001, en el caso *LaGrand*, señaló haber sido ésta emitida "à la lumière notamment de l'avis de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme du 1er octobre 1999"; G. Cohen-Jonathan, "Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit international général (2000)", 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642. Se ha además observado, en relación con la Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana, "le soin mis par la Cour à démontrer que son approche est conforme au droit international". Además, "pour la juridiction régionale il

15. La Corte Interamericana ha, en su Sentencia en el presente caso *Acosta Calderón versus Ecuador*, reiterado su parecer sobre el derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del proceso legal, en el ámbito de un caso contencioso, lo que es significativo. Tanto en la Opinión Consultiva n. 16, como en el presente caso *Acosta Calderón*, la Corte ha correctamente enmarcado aquel derecho en el universo conceptual de los derechos humanos.

16. Yo me permitiría concluir este Voto Razonado dando un paso más adelante al respecto. El derecho a la información sobre la asistencia consular, además de ubicarse en las garantías del debido proceso legal, tiene incidencia directa en la vigencia también de otros derechos humanos internacionalmente consagrados, como, v.g., el derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención Americana). En el seno de esta Corte, siempre he sostenido que la mejor hermenéutica en materia de protección de los derechos humanos es la que relaciona los derechos protegidos entre sí, indivisibles que son, - y no la que busca inadecuadamente desagregarlos uno del otro, fragilizando indebidamente las bases de protección.

17. En la pionera Opinión Consultiva n. 16 de esta Corte, - un marco en la historia del propio Derecho Internacional Público contemporáneo, - este Tribunal ha señalado que el

n'est donc pas question de reconnaître à la Cour de la Haye une prééminence fondée sur la nécessité de maintenir l'unité du droit au sein du système international. Autonome, la juridiction est également unique. (...) La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme rejette fermement toute idée d'autolimitation de sa compétence en faveur de la Cour mondiale fondamentalement parce que cette dernière ne serait pas en mesure de remplir la fonction qui est la sienne". Ph. Weckel, M.S.E. Helali and M. Sastre, "Chronique de jurisprudence internationale", 104 *Revue générale de Droit international public* (2000) pp. 794 and 791. Se ha además señalado que la Opinión Consultiva de 1999 de la Corte Interamericana contrasta con "la position restrictive prise par la Cour de La Haye" en su decisión subsiguiente de 2001 en el caso *LaGrand*: - "La juridiction régionale avait exprimé son opinion dans l'exercice de sa compétence consultative. Or, statuant sur un différend entre États, la juridiction universelle ne disposait pas de la même liberté, parce qu'elle devait faire prévaloir les restrictions imposées à sa juridiction para le défendeur". Ph. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Revue générale de Droit international public* (2001) pp. 764-765. Y, además: "La Cour Interaméricaine avait examiné dans quelle mesure la violation du droit d'être informé de l'assistance consulaire pouvait être considérée comme une violation de la règle fondamentale du procès équitable et si, par voie de conséquence, une telle irrégularité de procédure dans le cas d'une condamnation à mort constituait aussi une atteinte illicite à la vie humaine protégée par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. (...) La CIJ ne s'est pas prononcée sur ces questions qui ont trait à l'application de deux principes du droit international (la règle du procès équitable et le droit à la vie)". *Ibid.*, p. 770. Se observó, asimismo, que la CIJ "was curiously diffident as to whether this individual right should be characterized as a human right. The Court failed to mention Advisory Opinion OC-16/99 of the Inter-American Court of Human Rights, which held that Article 36 is among the 'minimum guarantees essential to providing foreign nationals the opportunity to adequately prepare their defense and receive a fair trial'; J. Fitzpatrick, "Consular Rights and the Death Penalty after *LaGrand*", *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law* (2002) p. 309. Cf. también, en reconocimiento adicional de la contribución verdaderamente pionera de la Corte Interamericana sobre la materia: M. Mennecke, "Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice", 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 y 467-468; M. Mennecke and C.J. Tams, "The *LaGrand* Case", 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002) pp. 454-455; M. Ferial Tinta, "Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the *LaGrand* Case", 12 *European Journal of International Law* (2001) pp. 363-365.

artículo 36(1)(b) y (c) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 atañe a "la asistencia consular en una situación particular: la privación de la libertad" (párr. 81). También aquí se hace presente el derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de los derechos humanos, para asistir debidamente a los privados de su libertad (párr. 83). La hermenéutica que he sostenido en el seno de esta Corte, y que sigo y seguiré sosteniendo firmemente, - a pesar de los lapsos en que ésta ha incurrido recientemente, - es, a mi juicio, la que mejor puede conllevar a la realización de una protección *integral* de los derechos inherentes a la persona humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario