

**REFLEXIONES ACERCA DE LOS DESAFÍOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL (I)**

MARÍA DEL LUJÁN FLORES*

* Representante Permanente de Uruguay ante la OEA. Las opiniones vertidas son de índole estrictamente personal.

Me voy a referir a algunos de los desafíos que tiene ante sí el derecho internacional. El primero de ellos tiene que ver con su propia unidad o estructura. En este sentido se han planteado dudas acerca de si el desarrollo que ha tenido este derecho en épocas recientes trae implícito el peligro de su fragmentación o resquebrajamiento. Con posterioridad veremos dos de las áreas en que estos desarrollos o avances han sido más significativos y cuales son las perspectivas que se presentan en un futuro próximo.

El Derecho Internacional ha tenido una significativa evolución en las últimas décadas, tanto por la multiplicidad de temas abarcados como por los desarrollos institucionales y normativos que en distintas áreas tuvieron lugar. Dejó de centralizarse exclusivamente en las actividades tradicionales, clásicas para buscar también regular distintos campos como el de los derechos humanos, el medio ambiente, ciertos aspectos de la economía y el comercio, la integración, la seguridad, la cooperación científica y tecnológica o la cultura. En efecto es particularmente interesante el fortalecimiento producido en regímenes internacionales, como el de los derechos humanos, mediante la adopción de instrumentos y el establecimiento de tribunales que buscan verificar el cumplimiento de sus disposiciones a fin de promover y proteger derechos.

Todo esto se originó en la necesidad de dar respuesta a diferentes retos que surgieron de manera espontánea sin coordinación o sin responder a una normativa general. Algunos autores entienden que es reflejo de lo que sería una división del trabajo, un mecanismo de diferenciación funcional que determina la creciente especialización de partes en la sociedad y su consiguiente autonomización. Una de las primeras señales de preocupación por lo que se consideró un problema que atenta contra la unidad y coherencia del Derecho Internacional la dio a conocer Prosper Weil en su estudio sobre la normatividad relativa del Derecho Internacional. Sostiene que un principio de Derecho Internacional se vuelve una norma de *jus cogens* o un principio cuya violación es un crimen internacional más que por su contenido, por el reconocimiento que le acuerda la comunidad internacional. Una vez reconocido y aceptado por los integrantes esenciales de la comunidad internacional la norma se impone *ipso jure* a todos los Estados inclusive a aquellos que se opusieron a su reconocimiento.

Sin embargo un Estado no está obligado a cumplir la obligación de un tratado que él no aceptó o una obligación de derecho consuetudinario que persistentemente objetó. Esta dicotomía que se plantea en relación a las obligaciones de Derecho Internacional es para este autor causa de fragmentación así como también lo es el valor jurídico dado a principios y declaraciones en el “proceso de convertirse en normas”. En relación a lo precedentemente expuesto señala:

“One scarcely overemphasizes the uncertainties inflicted on the international normative system by the fragmentation of normativity that the theories of jus cogens and international crimes have brought in their wake. A normativity subject to unlimited gradation is one doomed to flabbiness, one that in the end will be reduced to a convenient term of art, covering a great variety of realities difficult to grasp. Like the “variable legal authority” of subnormative acts, the graduated normativity of normative acts is a notion so elusive as to escape comprehension”¹.

Otros autores también expresaron su inquietud frente a la tendencia del Derecho Internacional a compartimentarse en distintos regímenes que consideraron constituyen una amenaza para la calidad y coherencia del referido derecho. Abordaron distintos aspectos en relación a grupos de Estados distintos y cuestiones como la del doble estándar en el cumplimiento de las obligaciones, particularmente en campos sensitivos del derecho internacional y el riesgo de posibles errores en la interpretación de principios.

Asimismo se ha señalado que la fragmentación presupone una unidad e integridad básicas en la estructura del Derecho Internacional aplicable a las relaciones internacionales, lo que le asigna universalidad. Universalidad que tendría apoyo en el hecho de que a partir del establecimiento de las Naciones Unidas, la gran mayoría de los Estados ha tenido participación en el proceso de formación, desarrollo y aplicación del Derecho Internacional contemporáneo. Sin embargo, ello no supone una perfecta paridad en las negociaciones pues es sabido que los países en desarrollo poseen prioridades inmediatas y sus intereses no poseen una articulación que les permita la mayoría de las veces la obtención de los mejores resultados en las negociaciones. Por otro lado, y pese a los esfuerzos realizados, persisten los grandes desafíos como la creciente pobreza e inequidad entre pueblos y naciones que junto a los enfrentamientos que se plantean a nivel internacional respecto a las cuestiones atinentes a la paz y seguridad profundizan las brechas en la comprensión y aplicación del derecho existente².

La preocupación por el alcance y las consecuencias de lo que se ha denominado la fragmentación del Derecho Internacional llevó a que la Comisión de Derecho Internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, decidiera, en el año 2002, incluir el tema en su agenda y establecer un Grupo de Estudio al respecto³. En gran medida la situación es

¹ “Prosper Weil, Towards Relative Normativity in International Law, 77 AM.J.Int’ L.L.413, 429(1983).

² Pemmaraju Sreenivasa Rao, Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation? Summer, 2004, 25 Mich.J.Int’l L. 934.

³ En su 54º período de sesiones la Comisión incluyó el tema “Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional” título que luego cambió por el de “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” Quincuagésimo séptimo período de Sesiones,

producto de la naturaleza del Derecho Internacional, derecho de coordinación, descentralizado, que a diferencia de los órdenes jurídicos internos carece de un poder legislativo, ejecutivo y judicial, así como también de las características de los sujetos y de sus fuentes. Esta situación llevó a plantear la posibilidad de que se produzca una competencia entre regímenes particulares y entre estos y las normas de derecho internacional general.

El fenómeno de la fragmentación no es nuevo, existe desde el momento en que coexisten distintos ordenamientos jurídicos nacionales de manera simultánea con el Derecho Internacional. Sin embargo, el proceso se acentuó considerablemente desde hace aproximadamente medio siglo.

En efecto, frente al Derecho Internacional general han aparecido conjuntos de normas, instituciones jurídicas y jurisprudencia que configuran los llamados regímenes especiales o autónomos que son el resultado de los distintos intereses, valores y propósitos de los sujetos que integran la comunidad internacional.

Un factor central a considerar en la especialización, es a nuestro criterio la existencia de tribunales y jurisprudencia pues permite evaluar con mayor certeza si se está o no en presencia de un proceso de fragmentación. La expansión y diversificación del Derecho Internacional con el desarrollo de los regímenes especiales han sido acompañadas de lo que se ha denominado una proliferación de tribunales internacionales. Junto a la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, han surgido numerosos tribunales especializados, universales, regionales o particulares además de la consabida justicia arbitral y los mecanismos cuasi judiciales de solución de controversias como los que existen en la Organización Mundial del Comercio. A partir de la segunda mitad del siglo veinte, se establecieron así el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional, la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal de Justicia del MERCOSUR. La doctrina ha reaccionado de manera diversa frente a este fenómeno aunque es innegable que constituye una expresión de madurez porque implica el sometimiento de diferencias o la búsqueda de justicia a través de un tercero imparcial. Quienes entienden que constituye un peligro de fragmentación del orden jurídico internacional se basan en la falta de jerarquía formal entre los tribunales, así como en la posibilidad de que haya jurisprudencia contradictoria cuando más de un órgano tiene competencia material sobre los casos. En los hechos, si se analiza alguna de la más reciente jurisprudencia

Suplemento N° 10 (A/57/10). El Grupo de Estudio se centró en los aspectos sustantivos de la fragmentación a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados el cual finalizó sus trabajos y aprobó un informe con 42 conclusiones. Asamblea General Documentos Oficiales 61° período ordinario de sesiones. Suplemento N°10 (A/61/10) p443.

internacional es posible constatar que distintos tribunales han ejercido competencia respecto a diferentes aspectos de una controversia. Es lo que ocurrió respecto al caso de las plantas de celulosa en territorio uruguayo que está a consideración de la Corte Internacional de Justicia. Argentina demandó a Uruguay por lo que considera un incumplimiento del Estatuto del Río Uruguay de 1975, tratado bilateral vigente entre ambos países, al autorizar este último la construcción de las plantas en territorio uruguayo sobre la costa del río. De manera simultánea y paralela al diferendo sobre la construcción de las plantas de celulosa se produjeron interrupciones o cortes por piquetes locales (“piqueteros”) en territorio argentino impidiendo la libre circulación por dos de los puentes internacionales que, sobre el río Uruguay, unen a la Argentina con el Uruguay y a la Provincia de Entre Ríos (Argentina) con los departamentos de Paysandú y Río Negro (Uruguay). Uruguay demandó a Argentina ante el Tribunal Arbitral Permanente del MERCOSUR por su omisión en adoptar medidas apropiadas para prevenir y hacer cesar los impedimentos a la libre circulación. A su criterio las acciones que obstaculizaron la comunicación entre Argentina y Uruguay son contrarias al derecho internacional y en especial al Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR. En las audiencias de La Haya del 8 y 9 de junio de 2006, el Agente del Uruguay hizo referencia al corte de la comunicación en los puentes, su cierre y a los perjuicios económicos producidos y a la violación del derecho internacional que implicaba⁴.

Otra situación que reviste particular interés es la que se planteó con relación al derecho a la información sobre la asistencia consular consagrada en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Es posible determinar semejanzas y diferencias en las normas emanadas de dos Tribunales con jurisdicciones y competencias diferentes sobre una materia similar. Para ello debemos comparar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16 sobre “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” (1999), con dos sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos LaGrand (2001) y Avena (2004). El caso Breard (1998) es similar a los anteriores pero no se toma en cuenta a estos efectos porque la demanda fue retirada.

Los casos presentan cercanía en el tiempo, tratan sobre el mismo tema y hay poca variación de las partes involucradas en los mismos. La cercanía en el tiempo disminuye las posibilidades de que sobrevengan cambios normativos como lo serían los derivados de una nueva costumbre, que no se encuentran visiblemente vinculados con la actividad de la Corte. Al tratar el mismo tema, el artículo 36 de la Convención de Viena, sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, se reducen las fuentes de error asociadas a la interpretación. La comparación resulta así más fácil. El que los Estados involucrados sean en buena medida los mismos,

⁴ Héctor Gros Espiel, Una reflexión sobre el Diferendo Argentino Uruguayo por la Construcción en Territorio Uruguayo de dos Papeleras en el Río Uruguay.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

permite hasta cierto punto controlar la influencia de variables de índole política. Existen sin embargo algunas limitaciones de importancia en este análisis ya que se comparan casos contenciosos con opiniones consultivas. Estas presentan semejanzas con los casos contenciosos, en especial desde el punto de vista de la dinámica de las normas involucradas en la consulta, pero hay ciertos aspectos, como lo vinculado a excepciones preliminares, cuyo tratamiento difiere. Otra dificultad surge cuando las circunstancias particulares de un caso generan desarrollos jurisprudenciales específicos. Al no presentarse esta circunstancia en otros casos, los desarrollos no se mencionan y las comparaciones se dificultan. Dividiremos las sentencias en distintas categorías de acuerdo a la naturaleza de los derechos consagrados, el alcance de estos derechos y los efectos de la violación. Estas tres categorías fueron analizadas en cada una de las sentencias y pronunciamientos. A vía de ejemplo en materia de naturaleza de los derechos consagrados, la opinión consultiva 16 establece que el artículo 36 consagra tanto derechos de los Estados como derechos humanos de los individuos. Las sentencias plantean que el artículo 36 de la Convención establece la existencia de Derechos del Estado. Pero mientras que en la OC. No. 16 se afirma que el artículo 36 consagra Derechos Humanos en Avena y LaGrand no se hace esto.

Como se señalara la actividad judicial se desarrolla en estos casos en torno al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares que establece:

Artículo 36

Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del

M. DEL LUJÁN FLORES

Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

La naturaleza de los derechos consagrados en el artículo 36 resulta de crucial importancia por su incidencia en los efectos de la violación. Como lo ha señalado la doctrina, en los tres casos se afirma la existencia de derechos de los Estados y derechos individuales aunque sólo en uno de ellos a los derechos individuales se les reconoce expresamente ciertas características que permiten referirse a ellos como “derechos humanos.” La OC. 16 parte de la consagración de dos clases de derechos distintos en el artículo 36 de la Convención. Por una parte, los derechos entre Estados; por la otra, derechos humanos:

80 “De la lectura conjunta de los textos citados, se desprende que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia”.

Esta será la base sobre la cual se va a edificar el resto de la Opinión Consultiva.

Tanto en el caso LaGrand como en el caso Avena la Corte adopta una posición que presenta diferencias con la OC.16.

En el caso LaGrand la Corte señaló que:

77 “...Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case”. (ICJ Reports 2001 p.494 para. 77).

Asimismo en el caso Avena, luego de referirse a la sentencia antes citada la Corte agregó que:

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

40. “It would further observe that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State: and of individuals rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b). The duty to exhaust local remedies does not apply to such a request. Further, for reasons just explained, the Court does not find it necessary to deal with Mexico's claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection. Without needing to pronounce at this juncture on the issues raised by the procedural default rule, as explained by Mexico in paragraph 39 above, the Court accordingly finds that the second objection by the United States law admissibility cannot be upheld”.

Ambos tribunales entienden que los derechos son tanto relativos al Estado como a los individuos. Pero mientras que la Corte Interamericana afirma que se trata de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia afirma que se trata de derechos individuales. Esta diferencia se percibe con más claridad cuando la Corte se refiere en el caso *LaGrand* a la posición de Estados Unidos. Allí la Corte parece oscilar entre la presencia de los derechos individuales de naturaleza contingente, subordinados a las previsiones de un tratado celebrado entre Estados y la existencia de derechos inalienables que trascienden las disposiciones del tratado. En este segundo caso podrían tener validez más allá del artículo 36 de la Convención en función de otros instrumentos de derechos humanos.

76. The United States questions what this additional claim of diplomatic protection contributes to the case and argues that there are no parallels between the present case and cases of diplomatic protection involving the espousal by a State of economic claims of its nationals. The United States maintains that the right of a State to provide consular assistance to nationals detained in another country, and the right of a State to espouse the claims of its nationals through diplomatic protection, are legally different concepts. The United States contends, furthermore, that rights of consular notification and access under the Vienna Convention are rights of States, and not of individuals, even though these rights may benefit individuals by permitting States to offer them consular assistance. It maintains that the treatment due to individuals under the Convention is inextricably linked to and derived from the right of the State, acting through its consular officer, to communicate with its nationals, and does not constitute a fundamental right or a human right. The United States argues that the fact that Article 36 by its terms recognizes the rights of individuals does not determine the nature of those rights or the remedies required under the Vienna Convention for breaches of that Article. It points out that Article 36 begins with the words “[with a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State]”, and that this wording gives no support to the notion that the rights and obligations enumerated in paragraph 1 of that Article are intended to

M. DEL LUJÁN FLORES

ensure that nationals of the sending State have any particular rights or treatment in the context of a criminal prosecution. The *truvuus prkpurutoires* of the Vienna Convention according to the United States do not reflect a consensus that Article 36 was addressing immutable individual rights, as opposed to individual rights derivative of the rights of States.

La CIJ dejó constancia expresa tanto en la sentencia de LaGrand como en el caso Avena de su deseo de no pronunciarse sobre la naturaleza del derecho individual como derecho humano, por lo que no puede decirse que lo niegue. Por un lado existen indicios de una visión del artículo 36 más orientada hacia los derechos individuales que a los derechos humanos, como es el párrafo 123 del caso Avena, mientras que en otros aspectos de la sentencia parece favorecer la naturaleza de derecho humano, como se refleja al requerirse la revisión judicial y no sólo un proceso de clemencia.

En cuanto al contenido del derecho nos referiremos a dos aspectos: al momento en que se debe informar al individuo de los derechos consagrados por el artículo 36 de la Convención y a la potestad del detenido de determinar si se realiza o no la notificación al consulado. Con relación al primero de estos aspectos la Corte Interamericana señala la necesidad de cumplir en forma inmediata con las obligaciones previstas en el artículo 36.

92. Particularmente en lo que se refiere a los apartados b) y c) del artículo 36.1, el cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto, ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.

En el caso Avena la Corte señaló que la expresión “sin demora” no significaba al momento del arresto:

88. Although, by application of the usual rules off interpretation, “with, out delay” as regards the duty to inform an individual under Article 36, paragraph 1 (b), is not to be understood as necessarily meaning “irnmediately upon arrest”, there is nonetheless a duty upon the arresting authorities. To give that information to an arrested person as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national.

Por su parte, la Corte en el caso LaGrand no analizó en profundidad la obligación de comunicar “sin demora”, ya que consideró evidente el sentido del término. De los párrafos 77 y 90 puede inferirse que el concepto no difiere del expresado en Avena. Respecto a la notificación al consulado, más allá de la claridad de las expresiones del artículo 36, la CIJ analizó la interpretación de Estados Unidos que sostuvo que en determinados casos era posible presumir la

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

voluntad del detenido de no contactarse con su consulado. Ejemplo de esto es la presunción de que un detenido no querría comunicarse con el consulado de su país ya que era requerido por el mismo. La Corte rechazó este argumento.

Consideraremos ahora la tercera categoría es decir los efectos de la violación del derecho. Las diferencias se presentan en tres niveles:

- a) Las condenas en caso de violación al artículo 36 no violan normas de Derecho Internacional Público. La Corte señaló que las sentencias de condena en las que se han violado los derechos del artículo 36 no pueden considerarse como violatorias de las normas de Derecho Internacional, sino que la violación es previa e implícitamente separable.

123. It is not to be presumed, as Mexico asserts, that partial or total annulment of conviction or sentence provides the necessary and sole remedy. In this regard, Mexico cites the recent Judgment of this Court in the case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), in which the “Court ordered the cancellation of an arrest warrant issued by a Belgian judicial official in violation of the international immunity of the Congo Minister for Foreign Affairs”. However, the present case has clearly to be distinguished from the Arrest Warrant case. In that case, the question of the legality under international law of the act of issuing the arrest warrant against the Congolese Minister for Foreign Affairs by the Belgian judicial authorities was itself the subject-matter of the dispute. Since the Court found that act to be in violation of international law relating to immunity, the proper legal consequence was for the Court to order the cancellation of the arrest warrant in question (1. C. J. Reports 2002, p. 33). By contrast, in the present case it is not the convictions and sentences of the Mexican nationals which are to be regarded as a violation of international law, but solely certain breaches of treaty obligations which preceded them.

Del contexto del caso LaGrand surge que la posición adoptada por la CIJ fue semejante a la del caso Avena. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al vincular los derechos consagrados en el artículo 36 con el debido proceso, adopta una posición diferente.

- b) Límites a la discrecionalidad en la reparación. Con respecto a la reparación por las violaciones de los derechos consagrados en el artículo 36 de la Convención de Viena, encontramos también diferencias entre el caso Avena y LaGrand. En este sentido el párrafo 125 del caso LaGrand señala que la reparación queda en manos de Estados Unidos.

The Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment referred to in paragraph 124 above, should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a

conviction and sentence, it would be incumbent upon the United States to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States.

En el numeral 141 del caso Avena la Corte limitó más de lo que lo había hecho en el numeral 125 del caso LaGrand, las alternativas que se le presentan al Estado que viola los derechos del artículo 36 a los efectos de reparar esta violación. La discrecionalidad queda restringida a soluciones en el marco del proceso judicial. Así en el caso Avena señaló:

141. The Court in the LaGrand case Left to the United States the choice of means as to how review and reconsideration should be achieved, especially in the light of the procedural default rule. Nevertheless, the premise on which the Court proceeded in that case was that the process of review and reconsideration should occur within the overall judicial proceedings relating to the individual defendant concerned.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue aún más lejos al disponer que ciertas opciones como la ejecución, queden fuera de la discrecionalidad de los Estados.

- c) Efectos sobre la pena de muerte. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que existen limitaciones especiales para el caso de la pena de muerte. En los numerales 121, 122 y 129 el Tribunal Interamericano señala que la ausencia de notificación afecta las garantías judiciales. Afirma luego en el numeral 135 que siendo la pena de muerte una medida de carácter irreversible, el Estado debe respetar estrictamente las garantías judiciales. Finalmente concluye en el numeral 137 que su aplicación en estas circunstancias viola el derecho a la vida. En el párrafo 130 la Corte Interamericana señala que si se ejecutan estas condiciones a una persona se estarían violando los artículos 6 numeral 2 y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos así como el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte Internacional de Justicia por su parte no establece a priori una limitación con respecto a la aplicación de la pena de muerte, aunque señala la necesidad de tomar en cuenta las violaciones a los derechos de los detenidos.

Existen otras diferencias entre el caso LaGrand y el caso Avena. En primer lugar en el caso LaGrand la Corte no rechazó la afirmación de que el incumplimiento por parte del demandante de las obligaciones consagradas en el artículo 36 podría traducirse en la inadmisibilidad de la demanda por violación de dicho artículo. En el caso Avena la Corte marcó una clara distancia al referirse a la naturaleza de la Convención de Viena para establecer que a pesar de poder existir un incumplimiento del demandante, este podía reclamar basado en la especial naturaleza de la Convención de Viena.

Así mientras que en el caso LaGrand la Corte afirmó:

63. The Court need not decide whether this argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany's submissions. Here the evidence adduced by the United States does not justify the conclusion that Germany's own practice fails to conform to the standards it demands from the United States in this litigation. The United States relies on certain German cases to demonstrate that Germany has itself proffered only an apology for violating Article 36 of the Vienna Convention, and that State practice shows that this is the appropriate remedy for such a violation. But the cases concerned entailed relatively light criminal penalties and are not evidence as to German practice where an arrested person, who has not been informed without delay of his or her rights, is facing a severe penalty as in the present case. It is no doubt the case, as the United States points out, that Article 36 of the Vienna Convention imposes identical obligations on States, irrespective of the gravity of the offence a person may be charged with and of the penalties that may be imposed. However, it does not follow therefrom that the remedies for a violation of this Article must be identical in all situations. While an apology may be an appropriate remedy in some cases, it may in others be insufficient. The Court accordingly finds that this claim of inadmissibility must be rejected.

En el caso Avena la Corte adoptó una solución diferente:

47. The Court would recall that it is in any event essential to have in mind the nature of the Vienna Convention. It lays down certain standards to be observed by all States parties, with a view to the "unimpeded conduct of consular relations", which, as the Court observed in 1979, is important in present-day international law "in promoting the development of friendly relations among nations, and ensuring protection and assistance for aliens resident in the territories of other States" (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Provisional measures, Order of 15 December 1979, I. C.J. Reports 1979, pp. 19-20, para. 40). Even if it were shown, therefore, that Mexico's practice as regards the application of Article 36 was not beyond reproach, this would not constitute a ground of objection to the admissibility of Mexico's claim. The fifth objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.

Esta diferencia no es compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que la admisibilidad sobre la base del incumplimiento no se llegó a presentar como objeción preliminar debido a que se trataba de una opinión consultiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha llegado a analizar si, en tanto derecho de los Estados, el incumplimiento de una de las Partes afecta la posibilidad de entablar una demanda. Todo hace pensar que el Tribunal se inclinaría por una respuesta negativa.

Surge de lo antes expuesto que las diferencias entre los casos de LaGrand y Avena son menores que las existentes entre estos casos y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello resulta esperable tratándose de sentencias de la misma Corte separadas por unos pocos años sobre el mismo tema. A pesar de ello se percibieron como vimos, algunos cambios. En otro trabajo sobre este tema hemos podido medir en forma muy precisa las diferencias a través de una metodología de análisis cuantitativo⁵.

La situación sociopolítica es un motor de cambio social. Ella incide en las normas y también resulta influida por éstas. Existen espacios que permiten integrar política sociedad y derecho. La actividad judicial es uno de ellos y se da a través de la sucesión de casos que se presentan frente a los Jueces así como por el margen de discrecionalidad que tienen los mismos.

En este sentido es preciso tener en cuenta que ante la Corte Interamericana, por su carácter regional y su competencia específica, se presentan casos con mayor frecuencia y números relativos a derechos humanos. Dichos casos se refieren a problemáticas que atañen a la región y ello le brinda al tribunal la posibilidad de desarrollar su jurisprudencia, de avanzar más en lo atinente a ciertas categorías de derechos ya que es imposible dejar de lado la relación existente entre la dinámica social y la dinámica normativa. Las diferencias existentes en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 son superiores a la que es posible encontrar entre dos sentencias de la Corte Internacional de Justicia. Esta diferencia se estaría vinculando a nuestro criterio por un lado con la existencia de dinámicas normativas distintas generadas a partir de los casos que recibe cada una de las Cortes. Y por otro, con la existencia de diferencias entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto se manifiesta a vía de ejemplo en el surgimiento de principios diferenciados que inciden en la jurisprudencia de una y otra Corte.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ambos aspectos señalados pueden encontrarse interrelacionados, como parece señalar la evolución del concepto de “efecto útil” en la cita de la jurisprudencia de la Corte:

58. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que éstos deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La protección efectiva de los derechos humanos constituye el objeto y fin de la Convención Americana, por lo que al interpretarla la Corte deberá

⁵ María del Luján Flores – Carlos Sapriza, Análisis comparado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia: midiendo distancias en Libro in Memoriam Doctor José Roberto Franco Da Fonseca. 2008.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*)⁶

Un ejemplo de aplicación práctica de este principio resulta claro en la OC 16. El concepto de efecto útil aplicado al término “sin dilación” conduce a interpretarlo en el contexto de una defensa eficaz y a concluir que la notificación debe preceder a cualquier declaración:

103 De la historia legislativa de ese artículo se desprende que la obligación de informar “sin dilación” al detenido del Estado que envía sobre los derechos que le confiere dicho precepto fue incluida, a propuesta del Reino Unido y con el voto afirmativo de una gran mayoría de los Estados participantes en la Conferencia, como una medida que permite asegurar que el detenido esté consciente, en forma oportuna, del derecho que le asiste de solicitar que se notifique al funcionario consular sobre su detención para los fines de la asistencia consular. Es claro que estos son los efectos propios (*effet utile*) de los derechos reconocidos por el artículo 36.

104 Por lo tanto, y en aplicación de un principio general de interpretación que ha reiterado en forma constante la jurisprudencia internacional, la Corte interpretará el artículo 36 en forma tal que se obtenga dicho “efecto útil”⁷⁶.

105 Al tratar este tema, es pertinente recordar las conclusiones de la Corte con respecto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* 97). Aquella declaró que el respeto de los derechos reconocidos al individuo en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no depende de las protestas del Estado de su nacionalidad. Pesa entonces sobre el Estado que recibe, la carga de cumplir con la

⁶ Cfr. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1; párrs. 43 y ss.; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 19 y ss.; Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; párrs. 47 y ss.; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4; párrs. 20 y ss.; La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; párrs. 29 y ss.; La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; párrs. 13 y ss.; y, entre otros, Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1; párr. 30; Caso Fairen Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2; párr. 35; Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3; párr. 33; Caso *Paniagua Morales y otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23; párr. 40.

obligación de informar al detenido sobre sus derechos, de conformidad con lo dicho en el párrafo 96.

106 En consecuencia, para establecer el sentido que corresponde dar al concepto “sin dilación”, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculgado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculgado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.

La existencia de una multiplicidad de tribunales, el interrogante que surge es a qué se debe ello. Creemos que va más allá de ser el producto o resultado del desarrollo del derecho o del principio de especialización. Debemos preguntarnos para qué sirve un tribunal. Lo que hace es reducir el costo de adoptar una decisión. Cuando se adopta una decisión existe un costo de poner de acuerdo a la gente que interviene y cuanto más gente hay que poner de acuerdo más costosa será la decisión, pero a su vez, ella va a ser mejor o va a satisfacer a la media de la población que alcance. Aplicamos por analogía la teoría del cálculo del consenso⁷.

¿Por qué hay multiplicidad de tribunales? Porque la existencia de varios tribunales hace bajar el costo de las decisiones. Las decisiones se adoptan en base a los casos que se reciben. Los tribunales van utilizando la media de la población, Si existiera un solo tribunal, una sola Corte, hay menos posibilidades de tener en cuenta las variaciones que existan, habría un mayor riesgo de que las decisiones que se adopten no tengan en cuenta muchas de las expectativas. La multiplicidad de tribunales aumenta las posibilidades de contar con fallos adaptados al área de que se trate. De lo contrario, un caso de derechos humanos, por ejemplo, podría estar sesgado por las reglas aplicables al comercio. En suma, uno de los motivos que explican este incremento de tribunales es la baja de los costos en la toma de decisiones en relación a un solo tribunal con competencia amplia. Ello no significa que a medida que se transite por el camino que lleve a una estructura del orden jurídico internacional semejante el interno, un tribunal de mayor jerarquía se puede transformar en tribunal de última instancia.

La evolución con autonomía de distintas ramas de derecho internacional no apareja necesariamente un riesgo para la unidad o coherencia del derecho internacional, sino más bien puede llegar a constituir un factor de progreso. Jonathan Charney al analizar si la coherencia del derecho internacional era amenazada por el incesante aumento de tribunales que decidían controversias de acuerdo con el derecho internacional, expresó que el fecundo intercambio de ideas

⁷ James Buchanan y Gordon Tullock, El cálculo del consenso. Espasa Calpe; Biblioteca del Pensamiento económico moderno, serie mayor Madrid 1980.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

(“cross fertilization”) promueve la uniformidad del derecho y lo que es más importante, una consideración colectiva de las cuestiones jurídicas que llevan a un mejoramiento en la calidad del derecho⁸.

El tema reviste marcado interés ya que su análisis permite incrementar el conocimiento acerca del proceso de interacción de normas y en particular la dinámica de la jurisprudencia a través de la sucesión de casos que se presentan ante los tribunales. Las diferencias existentes entre la jurisprudencia de tribunales de alcance regional con aquellos de alcance universal y su diverso grado de evolución en relación a materias similares, es un aspecto que deberá ir captando la atención de los estudiosos del derecho en los años venideros.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han buscado dar respuesta a los problemas que puede plantear la relación entre los regímenes especiales y el derecho internacional general. La Comisión de Derecho Internacional se refirió a la norma contenida en el artículo 31.3 c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que establece que los tratados han de interpretarse a la luz de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Norma aplicable tanto a las obligaciones convencionales vinculadas con el tratado en cuestión como a cualquier otra, incluida las deducidas de las normas consuetudinarias o de los principios generales del derecho. La Comisión entiende que el derecho internacional general sirve de marco para la interpretación y colma las lagunas que puedan existir en relación a los regímenes especiales. En este sentido cita una serie de decisiones de diferentes tribunales que recogen el principio de integración sistémica aunque la práctica arbitral y judicial es escasa al respecto⁹.

Asimismo se ha visto en la interpretación que ha hecho la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las plataformas petrolíferas entre Irán y Estados Unidos al artículo XXII. 1 d del Tratado de amistad, comercio y relaciones consulares de 15 de agosto de 1955, una forma de aplicar este principio. En ese asunto la Corte se refirió a las relaciones entre un tratado bilateral y el derecho internacional haciendo mención al artículo 31.3.c. al expresar: “Además, de conformidad con las normas generales de interpretación de tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación habrá de tener en cuenta toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. La Corte no puede aceptar que exista voluntad de que el apartado d) del párrafo 1 del artículo XX del Tratado de 1955 funcione de modo totalmente independiente de las disposiciones relevantes del Derecho Internacional relativas al uso de la fuerza de modo que pudieran ser invocadas exitosamente ...Así pues, la aplicación de las normas del Derecho Internacional relativas a esta cuestión forma parte integral de la labor de

⁸ Jonathan Charney Is International Law Threatened by Multiple Tribunals? en 271 Recueil Des Cours, The Hague Academy of International Law, 130 (1998).

⁹ Doc.AG.de ONU. 61° Período de Sesiones A/61/10 p.452 y ss.

interpretación encomendada a la Corte en...el Tratado de 1955”¹⁰. Dicho tratado no sería obstáculo para la aplicación de medidas relativas al mantenimiento o al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales o a la protección de intereses vitales en aras de la seguridad, siendo la licitud de estas medidas evaluadas a la luz del derecho internacional relativo al uso de la fuerza en legítima defensa.

El principio de integración sistémica de acuerdo a la C.D.I. tendría una doble forma de expresarse: la positiva, que implica que las partes se remitan al actuar a las normas consuetudinarias y principios generales de derecho en todo aquello que el tratado no resuelva de forma explícita; y la negativa, dada por considerar que las partes al adoptar obligaciones convencionales no tienen la intención de actuar de manera contraria a las referidas normas y principios. La situación adquiere una mayor complejidad en la medida que aumenta la interacción no sólo entre tribunales a nivel internacional sino también entre tribunales internos y nacionales. En efecto ya se han dado casos en que una materia similar ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Internacional de Justicia a través de una opinión consultiva a la vez que tribunales nacionales abordaron la cuestión. Ello ocurrió cuando la Asamblea General de Naciones Unidas solicitó una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. En el ámbito interno la Corte Suprema de Israel debió pronunciarse sobre la legalidad del referido muro a raíz de cientos de demandas presentadas ante los tribunales nacionales desde el año 2002. Algunas se referían a la ilegalidad de algunos segmentos del muro y otras cuestionaban la juridicidad de la totalidad del proyecto bajo el Derecho Internacional. El primer caso resuelto por la Corte Suprema de Israel fue el de Beit Sourik que se refirió a la legalidad de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado en un segmento de 40 kilómetros situado al noroeste de Jerusalén. En una detallada decisión el Tribunal sostuvo que las Fuerzas de Defensa Israelíes estaban autorizadas a construir un muro en los territorios ocupados en la medida que ello reflejaba una genuina necesidad de seguridad. También sostuvo que una parte del segmento causaba un daño desproporcionado a los residentes palestinos locales por lo que debía ser rediseñado.

La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (2004) que fue emitida pocos días después de publicado el fallo de la Corte Suprema presenta diferencias sustanciales con éste. En los párrafos siguientes señala:

137 En resumen, basándose en el material de que dispone, la Corte no está convencida de que el trazado concreto que ha escogido Israel para el muro fuera necesario para conseguir sus objetivos en materia de seguridad. El muro, a lo largo del trazado elegido, y su régimen conexo, infringen gravemente diversos derechos de los palestinos

¹⁰ Oil Platforms (Iran v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 2003, parr. 41.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

que residen en el territorio ocupado por Israel y las infracciones derivadas de ese trazado no pueden justificarse por exigencias militares o necesidades de seguridad nacional u orden público. Así pues, la construcción de ese muro constituye una violación por parte de Israel de varias de las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional humanitario y los instrumentos de derechos humanos aplicables.

138 La Corte ha concluido, por lo tanto, que la construcción del muro es una acción incompatible con diversas obligaciones jurídicas internacionales que incumben a Israel. No obstante, en el anexo I del informe del Secretario General se afirma que, según Israel: la construcción de la barrera está en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, su derecho inmanente de legítima defensa y las disposiciones contenidas en las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.. Más específicamente, el Representante Permanente de Israel ante las Naciones Unidas afirmó en la Asamblea General, el 20 de octubre de 2003, que la valla era una medida totalmente en consonancia con el derecho de legítima defensa de los Estados consagrado en el Artículo 51 de la Carta, y que en las resoluciones del Consejo de Seguridad a las que se hacía referencia se reconocía claramente el derecho de los Estados a usar la fuerza en defensa propia contra ataques terroristas, por lo que sin duda se debería reconocer el derecho a usar medidas no basadas en la fuerza para ese mismo fin (A/ES-10/PV.21, pág. 6).

142 En conclusión, la Corte considera que Israel no puede invocar el derecho de legítima defensa ni el estado de necesidad como causas de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro, según lo que se desprende de las consideraciones mencionadas en los párrafos 122 y 137 *supra*. Por consiguiente, la Corte determina que la construcción del muro, y su régimen conexo, contravienen el derecho internacional.

159 Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte opina que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Asimismo tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. Además, todos los Estados partes en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, tienen la obligación, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio.

162 La Corte ha llegado a la conclusión de que la construcción del muro por Israel en el territorio palestino ocupado es contraria al derecho internacional y ha expuesto las consecuencias jurídicas que corresponde extraer de dicha ilicitud. La Corte se considera obligada a añadir que esa construcción debe colocarse en un contexto más general. Desde 1947, año en que la Asamblea General aprobó su resolución 181 (II) y se terminó el Mandato de Palestina, ha habido una sucesión de conflictos armados, actos de violencia indiscriminada y medidas represivas en el territorio anteriormente bajo mandato. La Corte desea poner de relieve que tanto Israel como Palestina tienen la obligación de observar escrupulosamente las reglas del derecho internacional humanitario, uno de cuyos objetivos fundamentales consiste en proteger la vida de las personas civiles. Todas las partes han realizado acciones ilícitas y tomado decisiones unilaterales, mientras que, en opinión de la Corte, sólo se puede poner fin a esta trágica situación mediante la aplicación de buena fe de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, en particular las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973). La Hoja de ruta aprobada por el Consejo de Seguridad en su resolución 1515 (2003) representa el más reciente de los esfuerzos por iniciar negociaciones con ese fin. La Corte considera que tiene el deber de señalar a la atención de la Asamblea General, a la cual se dirige la presente opinión, la necesidad de alentar dichos esfuerzos con miras a lograr lo antes posible, sobre la base del derecho internacional, una solución negociada de los problemas pendientes y el establecimiento de un Estado Palestino, que viva junto a Israel y sus demás vecinos, con paz y seguridad para todos en la región.

La opinión describió la construcción del muro como contraria al derecho internacional (catorce votos contra uno) y concluyó que los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro y de no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de la situación creada por dicha construcción (por trece votos contra dos).

El efecto jurídico de la opinión consultiva fue considerado en una sentencia posterior de la Corte Suprema de Israel en el caso *Mara'abe* (2005) relacionado con otro segmento del muro a pesar de rechazar en última instancia las conclusiones jurídicas adoptadas por la Corte Internacional de Justicia¹¹.

Algo similar ocurrió con respecto a los casos sobre el derecho a la información sobre la protección consular ya mencionados. El reiterado incumplimiento en la aplicación del artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en relación a extranjeros condenados a pena de muerte en los Estados Unidos dio lugar a varios juicios tanto en tribunales internacionales como nacionales. En el caso *Breard*, un ciudadano de Paraguay, condenado a muerte por homicidio, recurrió a los tribunales estadounidenses por

¹¹ Yuval Shanay, *Regulating Relations Between National and International Courts*. Oxford University Press. 2007 p.53 y ss.

la omisión de notificación consular luego de su arresto. Por su parte, Paraguay alegó ante dichos tribunales la violación de sus derechos bajo la Convención de Viena. La demanda fue rechazada y Paraguay presentó el caso ante la Corte Internacional de Justicia solicitando medidas provisionales que impidieran la ejecución de Breard mientras el caso estaba siendo considerado en esa sede. Breard y Paraguay presentaron ante la Corte Suprema de los Estados Unidos un auto de Habeas Corpus de acuerdo con las medidas provisionales indicadas por la CIJ. Transcurridos pocos días de la decisión adoptada por el tribunal internacional, la Suprema Corte rechazó la petición y autorizó la inmediata ejecución. En este sentido expresó que a pesar de que debería dar una consideración respetuosa a la interpretación de un tratado internacional hecho por una Corte Internacional competente para hacerlo, las reglas procesales del Estado del foro referentes a la implementación de tal tratado – incluyendo la “procedural default doctrine” prevalecen jurídicamente bajo el derecho de los Estados Unidos y los propios términos de la Convención de Viena¹².

La Suprema Corte calificó a los procedimientos como “desafortunados” pero no encontró fundamento para darle efecto en el ámbito interno a la solicitud de la CIJ de mantener el statu quo. Es decir que existe una sujeción de la interpretación del derecho internacional efectuada por la CIJ, a las condiciones establecidas por el derecho interno. En el caso LaGrand también se omitió por parte de las autoridades de los Estados Unidos la notificación consular a dos hermanos de nacionalidad alemana acusados de la comisión de homicidio y robo a mano armada y condenados a muerte. En los procedimientos ante los tribunales nacionales las cortes federales rechazaron los argumentos planteados por la defensa en base a la “regla del procedural default”¹³. A instancias de Alemania la Corte Internacional de Justicia dictó medidas provisionales que requerían la interrupción de la ejecución hasta tanto existiera un juicio pendiente ante esa sede. El Procurador General envió una nota a la CIJ cuestionando la obligatoriedad de las medidas provisionales. La Corte Suprema rechazó las medidas y tuvo lugar la ejecución.

En su sentencia la CIJ trató por primera vez acerca del efecto jurídico de las medidas provisionales adoptadas bajo el artículo 41 de su Estatuto¹⁴. En varias

¹² Breard v Greene, 523 US 371,375 (1998).

¹³ ...“is a federal rule that, before a state criminal defendant can obtain relief in federal court, the claim must be presented to a state court. If a state defendant attempts to raise a new issue in a federal *habeas corpus* proceeding, the defendant can only do so by showing cause and prejudice. Cause is an external impediment that prevents a defendant from raising a claim and prejudice must be obvious on its face. One important purpose of this rule is to ensure that the state courts have an opportunity to address issues going to the validity of state convictions before the federal courts intervene.” ICJ Reports La Grand Case Germany v. United States of America Judgment of 27 June 2001.

¹⁴ Germany v. US 526 US 111(1999). En sus opiniones disidentes los jueces Breyer y Stevens sostuvieron que el hecho de que la CIJ y un Estado soberano pidieran que se detuviera la ejecución era razón suficiente para acceder al pedido.

oportunidades el Tribunal había ordenado medidas, pero ésta será la primera vez que determina el efecto jurídico que tienen para las partes. Luego de comparar los textos en francés e inglés, los que carecían de una armonía absoluta, la Corte concluyó teniendo en cuenta el objetivo para el cual se ordenan las medidas, que ellas poseen carácter vinculante¹⁵.

En el caso Avena, antes mencionado, se planteó una situación de similares características a las anteriores, pero involucró en la controversia al Estado de México. El 9 de enero de 2003 México demandó a los Estados Unidos ante la CIJ alegando que 54 nacionales mexicanos habían sido arrestados, detenidos, juzgados, condenados y sentenciados a muerte por los Tribunales de ese país, incumpliendo las obligaciones previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, impidiendo que México ejerciera sus derechos y funciones consulares de conformidad con los artículos 5 y 36 del referido instrumento¹⁶. Tal como ocurrió con el caso LaGrand existirán posiciones divergentes entre los tribunales nacionales y los internacionales. Sin embargo, es de señalar que tanto la orden de medidas provisionales dictadas por la CIJ en el año 2003 como la sentencia de 31 de marzo de 2004 en el caso Avena tuvieron repercusión en el ámbito interno. El 28 de febrero de 2005 el Presidente George W. Bush en un memorandum al Procurador General señaló que:

“I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), 2004 I.C.J. 128 (Mar. 31), by having state courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision”¹⁷.

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, la Corte Suprema declinó decidir sobre el fondo del caso dando la oportunidad de que lo reconsiderara la Corte Penal de Apelaciones de Texas. El 15 de noviembre de 2006, ese tribunal decidió no conceder la revisión porque ni la decisión de la CIJ en el caso Avena ni el memorandum presidencial constituían derecho federal obligatorio para Texas¹⁸.

¹⁵ ICJ Reports LaGrand Case (Germany v. United States of America). Judgment of 27 June 2001 par 109-110.

¹⁶ ICJ Reports Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America). Application Instituting Proceedings. Submitted by the Government of the United Mexican States. 9 January 2003 para. 281.

¹⁷ Frederic L. Kirgis, President Bush' Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights. ASIL Insight. March 2005. <http://www.asil.org/insights.htm>.

¹⁸ Frederic L. Kirgis, The Texas Court of Criminal Appeals Decides Medellin's Consular Convention Case. ASIL Insight December 8, 2006 Volume 10, issue 32.

DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (I)

Los pronunciamientos de la CIJ fueron objeto de debate en distintas opiniones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en procedimientos vinculados al caso Avena. En este sentido las opiniones de jueces disidentes en sentencias adoptadas en los casos de Torres y Medellín consideran que las decisiones de la CIJ pueden tener efecto jurídico en el orden jurídico estadounidense. Ello en virtud de que este país es parte de la Convención de Viena y de su Protocolo Opcional¹⁹ que le reconoce competencia a la Corte en controversias sobre la interpretación y aplicación de ese instrumento jurídico. Inclusive se consideró por uno de los Jueces disidentes que la Convención de Viena era un tratado auto ejecutable que le confiere al peticionario derechos sustantivos exigibles ante los tribunales estadounidenses. Admite sin embargo que la relación entre los derechos contemplados en la Convención y el “procedural default rule” es susceptible de distintas interpretaciones, pero destaca el interés en que se promuevan interpretaciones uniformes de un tratado entre los Estados Partes²⁰. En casos posteriores como los de Sánchez, Llamas, la Corte Suprema reiteró su posición y las sentencias en mayoría rechazan la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares efectuada por la Corte Internacional de Justicia, considerando inaplicable sus decisiones al ámbito interno²¹.

Algunos de estos casos fueron objeto de pronunciamientos de órganos del Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos. En este sentido, el señor José Medellín presentó una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 2006 alegando violaciones al debido proceso en el juicio que resultó en una sentencia de pena capital. La CIDH solicitó que se tomaran las medidas necesarias para preservar la vida del señor Medellín el 6 de diciembre de 2006 (medidas cautelares) hasta tanto la Comisión resolviera sobre el fondo del asunto. Dicha solicitud se reiteró el 30 de enero de 2007. El 24 de julio de 2008 la CIDH aprobó su informe sobre el fondo del caso (No.45/08) y determinó la violación a los artículos I, XVIII, XXVI, de la Declaración Americana de Derechos Humanos, con respecto al juicio penal que derivó en la imposición de la pena de muerte. Asimismo concluyó que el hecho de que el Estado no haya cumplido con su obligación bajo el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de informar al señor Medellín de su derecho a notificación y asistencia consular, derivó en que el proceso penal en su contra no cumpliera con los estándares mínimos del debido proceso y de juicio justo. La ejecución como resultado del juicio constituiría una violación irreparable del derecho fundamental a la vida protegido en la Declaración Americana. Recomendó al Estado suspender la pena de muerte impuesta y realizar un nuevo juicio de acuerdo con las disposiciones de la

¹⁹ Ibidem. En marzo de 2005 los Estados Unidos notificaron a la CIJ su retiro del Protocolo Opcional a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Sin embargo ello no afectó el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte en los casos ya considerados.

²⁰ Medellín, 544 US 684 -690. Opiniones disidentes de los jueces Stevens , Souter, Breyer, O’ Connor. Sánchez – Llamas v. Oregon 126 S.Ct. 2669 – 2685 (2006).

²¹ Sánchez – Llamas v. Oregon 126 S.Ct. 2669 – 2685 (2006).

Declaración Americana que consagran los principios de igualdad, debido proceso y juicio justo, incluyendo el derecho a contar con representación legal competente.

La problemática que se desarrolló en torno a las relaciones entre los órdenes jurídicos internacional e interno se enmarca en la vieja discusión entre monismo y dualismo. Si bien desde un punto de vista doctrinario el debate ha perdido intensidad, pues la atención se dirige a los precedentes judiciales y soluciones legislativas que los Estados han dado, como bien señala el Juez Mohammed Bedjaoui, ella da cierta luz en el tema. Agrega que en base al concepto de dualismo se erigió una barrera entre el orden nacional e internacional y un obstáculo para la recepción de las decisiones judiciales internacionales por los tribunales nacionales. Sin embargo, fue a partir de sentencias como la de la Corte Suprema de Bélgica de 1971 en el caso *Le Ski* que la primacía del derecho internacional sobre el interno fue reconocida. “Hoy día en la gran mayoría de los Estados, esta primacía del orden internacional está solemnemente afirmada y la barrera entre el derecho internacional y el interno ha colapsado en todos los sectores de actividad. El desarrollo de organizaciones universales o regionales, la aparición de ciertos elementos de supranacionalidad, han ocasionado un amplio despliegue por osmosis de decisiones internacionales y, en este momento, las sentencias internacionales – y más particularmente aquellas de los tribunales europeos – son cada vez más aplicadas directa y automáticamente por los tribunales nacionales”.²²

En doctrina cada vez se pone más énfasis en la importancia del diálogo jurisprudencial. En este sentido, se menciona la creciente comunicación, la interacción de ideas sobre los derechos y el creciente proceso de intercambio de información y opiniones judiciales entre sistemas jurídicos. Más allá de la autonomía y muchas veces desconocimiento que exista entre la jurisprudencia de los tribunales entre distintos ordenes jurídicos es claro que día a día la comunicación entre los tribunales es mayor. Se cita las decisiones de la Corte Suprema de Zimbabwe haciendo referencia a los pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos en apoyo a su determinación de que el castigo corporal de un adulto constituye una sanción cruel e inusual y que el castigo corporal de menores es inconstitucional. Asimismo, es frecuente que en un mismo continente como es el caso del europeo los tribunales se citen entre sí, así como en el ámbito americano se percibe que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene presente los casos tratados por su homóloga europea.

Las formas de comunicación entre los Tribunales pueden revestir distintas direcciones; es decir, ser horizontales, verticales o mixtas, siendo diferente el flujo de comunicación según se trate de tribunales de jerarquía nacional o supranacional. La comunicación horizontal es la que tiene lugar entre tribunales

²² Mohammed Bedjaoui, *the Reception by National Court of Decision of International Tribunals en International Law Decisions in National Courts*. Transnational Publishers, Inc. United States of America, 1996, p. 23.

de una misma condición, ya sean nacionales o supranacionales a través de fronteras nacionales o regionales. Ella puede darse por consiguiente entre las Cortes Supremas de distintos países o entre tribunales que estén por debajo jerárquicamente de los tribunales supremos. El reconocimiento de sentencias extranjeras es una forma usual de comunicación. La comunicación horizontal también se da, como vimos, entre tribunales regionales, a vía de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado casos de la Comisión y de la Corte Europea. La comunicación vertical se da entre un órgano supranacional y los tribunales nacionales; y por último, la comunicación puede revestir formas combinadas. Este es el caso de principios jurídicos comunes en los órdenes jurídicos nacionales que son diseminados por órganos internacionales como es el caso del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³.

De esta breve reflexión acerca de algunos pronunciamientos judiciales, teniendo presente las objeciones y preocupaciones que se plantean frente a un posible fenómeno de fragmentación, podemos concluir que más allá de la denominación que se le asigne, es un mecanismo inherente al progreso de un derecho en continua evolución donde la actividad judicial juega un papel preponderante. Es ineludible que el desarrollo del derecho internacional en ciertas áreas traiga consigo el establecimiento de nuevos órganos jurisdiccionales, ello es una consecuencia lógica de la descentralización de los temas y de la necesaria especialización de quienes los integran²⁴. La expansión de las ideas de un sistema nacional a otro, así como entre los sistemas regionales o entre el universal y los regionales y nacionales, trae aparejado un conocimiento e intercambio que necesariamente se irá incrementado con el tiempo, lo que dará nuevas posibilidades de solución para las cuestiones jurídicas que se planteen. Es a través del diálogo entre los tribunales que la calidad de las decisiones judiciales se incrementa y se tiene un mayor conocimiento de los sistemas jurídicos existentes.

²³ Anne- Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication en International Law Decisions in National Courts*. Transnational Publishers. Inc. United States of America 1996 p. 37 y ss.

²⁴ Rosalyn Higgins, *Respecting the Sovereign State and the Running a Tight Courtroom*, 50 INT'L. & Comp. L. Q. 122 (2001).

