

## NOTAS SOBRE EL LLAMADO DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características del derecho internacional del desarrollo*. III. *Valor jurídico de las resoluciones*. IV. *El principio del Nuevo Orden Económico Internacional*. V. *Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General*. VI. *Formalismo y seguridad jurídica*. VII. *La “coutume sauvage”*. VIII. *Costumbre revisionista y técnica del unilateralismo*. IX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El llamado derecho internacional del desarrollo ha sido comúnmente, aunque no siempre, definido en función del fin que persigue, de su objetivo primordial.

De esta suerte, este derecho quedaría compuesto por el conjunto de instituciones, principios y reglas, cuyos fines están constituidos por la contribución al desarrollo de los países que no perciben sino una muy pequeña parte del ingreso mundial.

Aun y cuando puede considerársele como una rama del derecho internacional económico, sin embargo, el derecho internacional del desarrollo parece ir mucho más allá en virtud de que por sus alcances y ramificaciones llega a incidir prácticamente en la mayoría de los aspectos del derecho internacional público.<sup>1</sup>

### II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

Hay que dejar muy claro que el derecho internacional del desarrollo forma parte integrante del derecho internacional público, pero que su gran

<sup>1</sup> Vallée, Charles. “Le droit international du développement”, *Droit International Public*. Paris, Edit. Montchrestien, 1981, p. 601.

originalidad, como dice Charles A. Vallée, reside en el hecho de que además de sus peculiaridades propias en cuanto a su formación y contenido, se perfila como un movimiento “contestatorio”, en permanente evolución, de todas las normas constitutivas de las ramas del derecho internacional en su conjunto.<sup>2</sup>

Pero es muy importante que la doctrina de los países en vías de desarrollo no introduzca en sus juicios sobre el derecho internacional del desarrollo, connotaciones de tipo moral, pues esto produce que haya un desplazamiento hacia otras disciplinas y, por lo tanto, empobrece el discurso, el análisis, o, en su caso, la defensa misma de los intereses de los países del Tercer Mundo.

Si es evidente que todo orden jurídico está en gran medida condicionado por la estructura de la sociedad de la cual emana, es necesario no caer en exaltaciones de euforia al analizar el derecho internacional del desarrollo.

Una vez teniendo claro las limitaciones de esta rama del derecho internacional público, el así denominado derecho del desarrollo puede jugar un papel preponderante en la dirección específica que vaya tomando la sociedad internacional y su perfil propio en su evolución.<sup>3</sup>

Durante mucho tiempo, el derecho internacional del desarrollo ha sido un derecho de “asistencia” internacional. Los países que están en vías de desarrollo no reivindicaban más que una asistencia técnica y financiera a los países industrializados. Esta noción de “ayuda” la encontramos palpable tanto en la CNUCED (I) realizada en Ginebra en 1967, en la CNUCED (II) organizada en 1968 en Nueva Delhi, como en la primera y segunda década de las Naciones Unidas para el desarrollo, así como en multitud de otras resoluciones adoptadas por las instituciones subsidiarias y especializadas de Naciones Unidas.

Frente a la insuficiencia de la ayuda otorgada por los países industrializados, el derecho internacional del desarrollo va a expandirse para convertirse en el derecho de la independencia económica. Es todo el problema del derecho del mar y de las nacionalizaciones.

El derecho del desarrollo va a asegurar el derecho de los países que están en camino al desarrollo sobre sus recursos naturales.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Idem*, p. 602.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Ver Gómez-Robledo, Alonso (editor), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM-IIIJ, 1980. Ver el importante artículo de Becerra Ramírez, Manuel, “El derecho

## III. VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES

Pero aquí surge uno de los grandes problemas del derecho internacional del desarrollo. La evolución de este derecho depende, sin duda, en una gran parte, de la fuerza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de otras instituciones subsidiarias y especializadas.

La no ejecución de una resolución portadora de “normas jurídicas nuevas” constituye el *arma absoluta* de que disponen los países industrializados. Esta inejecución conlleva el riesgo, como dice M. Bedjaoui, de esterilizar todo esfuerzo de creación normativa en vistas a la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional.<sup>5</sup>

En general, se puede decir que los Estados occidentales estiman que las resoluciones de la Asamblea General pueden a lo más ser tomadas en consideración como elementos posibles en la elaboración de una regla consuetudinaria, pero siempre bajo condición de que sean confirmadas por una práctica en el mismo sentido por parte de los Estados.

Por el contrario, para la gran mayoría de los Estados en vías de desarrollo dichas resoluciones constituyen *por lo menos* la expresión de la voluntad de la comunidad internacional, incluso si no puede sostenerse que éstas emanen en un “poder legislativo” internacional que en realidad no existe. Muchos de estos Estados quisieran ver a través de las resoluciones, una formación espontánea de la costumbre, y la declaración de principios generales de derecho.

Por ello, afirma Bedjaoui, que del alcance de la acción normativa, de la organización internacional dependen directamente las posibilidades de la instauración de un Nuevo Orden Económico; no es exagerado entonces afirmar que el valor jurídico de las resoluciones reviste una importancia en la actualidad nunca antes comparable.<sup>6</sup>

internacional del desarrollo, nueva arma del derecho internacional público”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, III, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986, pp. 853-868.

<sup>5</sup> Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*. Paris. PUF, UNESCO, 1979, p. 178. Bedjaoui no pierde de vista que el derecho se presenta como un fenómeno evolutivo por su propia naturaleza, ya que traduce una realidad social que está en movimiento y que está obligado a tratar de encuadrar, aunque sea con un cierto retraso; por otro lado, al traducir realidades sociales, estabiliza y consolida el medio social de donde el derecho mismo es su producto. *Idem*, p. 115.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 182.

#### IV. EL PRINCIPIO DEL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

Aun cuando podría parecer evidente para muchos que el llamado Nuevo Orden es ante todo un orden de carácter y contenido económico, también es absolutamente cierto que la realización y la implantación del mismo no puede llevarse a término sino a través de la formación, transformación o modificación de un gran número de reglas jurídicas y será justamente el derecho el que va a proporcionar la estructura determinante a las relaciones económicas.

La realización de un nuevo orden jurídico tal y como está formulado en textos, declaraciones y resoluciones,<sup>7</sup> se enfrenta a obstáculos técnicos y a resistencias políticas, en razón de que fundamentalmente lo que se desea es ciertamente una estructura de interdependencia menos asimétrica dentro de lo posible en las relaciones internacionales.

Podríamos decir que, en términos generales, un nuevo orden jurídico internacional (NOJI) quedaría básicamente por ahora (el principio de su estudio) circunscrito a las reglas y lineamientos que se desprenden del derecho económico internacional en vigor y del llamado derecho internacional del desarrollo.

Es cierto que estrictamente hablando estas dos disciplinas no se confunden entre sí, ya que mientras que una de ellas haría referencia al conjunto de reglas aplicables a las relaciones económicas de todos y cada uno de los Estados, la otra disciplina (*i. e.*, el derecho internacional del desarrollo) tendría por objeto el conjunto de reglas aplicables especialmente a los países industrializados.

Sin embargo, pensamos con otros, que por la forma en que se aborda su estudio y por el método de análisis, el ámbito de estas disciplinas se entremezclan de tal suerte en la práctica, que su examen es, en ocasiones, o por no decir siempre, indivisible en lo esencial de su objeto de estudio.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> A partir de abril de 1974 y de la VI sesión extraordinaria de la Asamblea General (AG) de la ONU, los países en desarrollo declararon su voluntad de sustituir las relaciones económicas en vigor por un "Nuevo Orden Económico Internacional". A partir de la "Declaración concerniente a la instauración de un NOEI", 1974, AG, 1o. de marzo/A/AC 166 L.47 A/Res. 3201 (s-VI) y del "Programa de acción", Res. 3202 (s-VI), gran cantidad de declaraciones tanto multilaterales como bilaterales, se refieren al NOEI, muy en especial la Res. 3281 (XXIX) de 1974.

<sup>8</sup> Ver Feuer, G., "Les principes fondamentaux dans le droit international du développement", *Colloque d'Aix-en-provence*, Société Française de Droit International (SFDI), 1974, pp. 191-234. Ver *Colloque des 14, 15, 16 avril, 1994: Les Nouveaux Aspects du Droit International*, Paris, A. Pédone, 1994, en particular, pp. 195-219.

Por último, si nos referimos a los rasgos generales que sería posible detectar en el NOJI, debemos hacer énfasis en la constante ampliación del círculo de actores y foros de negociación, que provocará que las organizaciones e instituciones internacionales se conviertan más y más en los actores de mayor importancia en el campo internacional.<sup>9</sup> Pero además, dentro de este rasgo general hay que tomar en consideración como una característica específica del nuevo orden el procedimiento llamado del *consenso* que ha llegado a ser un método de trabajo cada vez más generalizado en el seno de las organizaciones internacionales. Ciertamente, la autoridad “formal” de la resolución será menos que la de un texto votado por unanimidad, no obstante se ha observado que adquiere una autoridad muy importante desde el punto de vista político, y por el consenso de los Estados se comprometen probablemente en mayor medida de lo que hubiera sido su intención real (al existir ausencia de votación resulta que en realidad todos los Estados están de acuerdo con el texto).<sup>10</sup>

Como conclusión, podríamos decir que el NOJI, aceptando, como se ha dicho, que pueda hablarse de orden en un sistema internacional en constante y asombrosa mutación, producirá sin lugar a dudas un cada vez mayor impacto sobre la evolución de reglas sustantivas del derecho internacional (nacionalización, derechos adquiridos, inversiones extranjeras, etcétera) al igual que en el proceso de las técnicas de elaboración de reglas y normas jurídicas internacionales.

#### V. ALCANCE JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL

En la medida en que la Carta de las Naciones Unidas no contiene una disposición general en lo que concierne a los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General, éstas carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, ya que de no ser así, se acordaría una función legislativa a la Asamblea, función ésta que sería contraria al principio de la soberanía de los Estados.<sup>11</sup>

9 Geiser, H., “A New International Economic Order: its impact on the evolution of international law”. *Annales d'Études Internat*, Genève, vol. 9, 1978, pp. 89-106.

10 El consenso puede definirse como la práctica destinada a lograr la elaboración de un texto por vía de negociación y adoptado sin proceso de votación. Ver Bedjaoui, M., *op. cit.*, nota 5, pp. 171-176.

11 Virally, M., “The Source of International Law”, en Srensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin's Press, 1968, pp. 160-162.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que debe ser interpretado como la disposición que es enunciativa de las fuentes del derecho internacional, no prevé las resoluciones de las organizaciones internacionales como fuente autónoma de derecho, ni aun como medio auxiliar de determinación de las normas jurídicas. Esto no implica, sin embargo, que se deba considerar el listado del artículo 38 como limitativo,<sup>12</sup> pero en el estado actual de desarrollo del derecho internacional público, no sería correcto hablar de un verdadero e indiscutible cambio de la teoría de las fuentes del derecho internacional en su sentido de métodos de creación de normas jurídicas.

Sin embargo, el problema del valor jurídico de las resoluciones debe también ser ubicado en el campo de la efectividad del derecho internacional, desde el momento en que incluso una “recomendación”, puede alcanzar una efectividad de mayor grado, es decir, un efecto jurídico más coercitivo que aquél creado por ciertas convenciones o tratados internacionales.<sup>13</sup>

Alf Ross, en su obra sobre el análisis de la Carta de la ONU hace la siguiente observación: “*The Assembly can never legislate, never order, or command, but only submit, recommend, propose.*” Y añade que aunque la diferencia entre estas fases legalmente es absoluta y precisa, la diferencia práctica en las relaciones internacionales será con frecuencia relativa y elástica.<sup>14</sup>

El jurista Jorge Castañeda, aun y cuando reconoce que las resoluciones de los organismos internacionales no pueden constituir una fuente de derecho *in se*, admite, sin embargo, que ciertas resoluciones constituyen una expresión de reglas jurídicas internacionales, ya que al lado de la categoría de las resoluciones en su sentido preciso de “Recomendaciones” (invitaciones) y que no implican la creación de una obligación jurídica, se

12 Cahier, Ph., es de la opinión que si el derecho internacional adjudica consecuencias jurídicas a ciertos actos unilaterales de los Estados (notificación, protesta), éstos constituyen una fuente de derecho y esto en virtud del carácter primitivo del derecho internacional que, es, por consiguiente, no-formalista. “Le comportement des États comme source de droits et d’obligations”, *Recueil d’études en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (IUHEI), 1968, pp. 237 y 238.

13 Virally hace notar que no es siempre correcto considerar la convención como un progreso jurídico en relación a las resoluciones, ya que desde el momento que un tratado no tiene efectos jurídicos más que entre los Estados que lo han ratificado, si se rechaza la ratificación, se elude todo efecto jurídico. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, IUHEI, 1971, p. 18.

14 Ross, A., *Constitution of the United Nations*, Denmark, Eynar Munksgaard, 1960, p. 60.

encuentran resoluciones que van más allá de una simple invitación desprovista de valor jurídico. La ausencia en derecho internacional de un órgano de control de la legalidad sobre los actos de las autoridades competentes para aplicar las normas en el marco de los órganos de las Naciones Unidas, tiene como consecuencia que la Asamblea General pueda, en la práctica, interpretar su propia norma de competencia y emitir resoluciones con una implicación y un alcance jurídico diferente de aquellas que tienen solamente un sentido exhortativo.<sup>15</sup>

La actividad desarrollada por la Asamblea General permitiría, así, demostrarnos la adopción por este órgano de ciertas resoluciones que han producido efectos jurídicos de carácter imperativo, y de esta forma no pudiendo ser consideradas como resoluciones que impliquen únicamente un carácter exhortativo.

Dentro de esta perspectiva, podemos mencionar como ejemplo muy significativo, la resolución 377 (V) aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950 “La Unión para el mantenimiento de la paz”, y por la cual se le confiere a la Asamblea General una responsabilidad subsidiaria a aquélla del Consejo de Seguridad, para restablecer o mantener la paz o la seguridad internacionales.<sup>16</sup>

Los argumentos en que se funda la constitucionalidad de esta resolución 377 (V) son poco satisfactorios en la opinión de Castañeda; si el artículo 24 de la Carta habla de la responsabilidad “principal” del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es porque hay que entender que es el único competente para emprender una acción coercitiva: “desde un punto de vista jurídico, el atribuir singular y específicamente una función a uno de los dos órganos significa negarla al otro.”<sup>17</sup>

Será entonces la aplicación de la resolución por la práctica de los Estados y su aceptación por los miembros de la comunidad internacional que llegará a otorgar un fundamento de legalidad a dicha resolución.

Dado que esta resolución va a provocar una modificación de una situación jurídica preexistente dentro del régimen de seguridad colectiva prevista originalmente por la Carta, en este sentido se puede estimar, y

15 Castañeda, J., “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, Leyde, Sijthoff, t. 129, 1971, pp. 213-222.

16 Ver reproducción del texto de la resolución de la Asamblea General relativo a “La Unión por el mantenimiento de la paz”, resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950 en Reuter, P. y André Gros, *Traité et documents diplomatiques*, 3a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1970, pp. 122-127.

17 Castañeda, *op. cit.*, nota 15, p. 261.

siempre según esta concepción, que la resolución comportó efectos estrictamente jurídicos, efectos de carácter obligatorio.<sup>18</sup>

Podemos todavía retener (fuera de las resoluciones de carácter “interno”) otras tres categorías de resoluciones que siempre, según este autor, constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación.

Resoluciones que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas, y pudiendo ser calificados como obligatorias en aquello que específicamente “determinan”; ejemplo: la resolución 215 (XXI) del 27 de octubre de 1966, por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el del sudeste africano.

Resoluciones que tienen como fin primordial expresar un acuerdo no formal entre los diferentes Estados miembros, y que en el fondo pueden considerarse similares a los acuerdos multilaterales en forma simplificada; ejemplo: la resolución (XVIII) aprobada por unanimidad el 13 de diciembre de 1963, “Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico”.

El carácter obligatorio de dicha resolución se debe sobre todo al hecho de que varios representantes han manifestado su voluntad de quedar obligados por el documento en cuestión.

Por último, podemos mencionar la categoría de las resoluciones que comprenden “declaraciones” de carácter “general”, y aunque no sean creadoras de derecho, pueden probar o precisar la existencia de reglas jurídicas o, aún más, la inexistencia de una *opinio juris* en el seno de la comunidad internacional, ejemplo: la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, por la cual la Asamblea General confirma los principios de derechos reconocidos por el Estatuto de la Corte de Nüremberg y por la sentencia de éste.<sup>19</sup>

Ahora bien, a nuestro modo de ver es conveniente hacer notar que, en gran parte, la validez de los argumentos desarrollados por Jorge Castañeda y la coherencia de su análisis pueden sostenerse en la medida en que se está dispuesto a admitir su formulación sobre la noción de “efecto jurídico obligatorio” respecto de las resoluciones de los organismos internacionales. Así pues, según este autor, la noción denota todo cambio o alteración respecto de una situación legal preexistente que pueda significar la

18 *Idem*, pp. 263-286.

19 *Idem*, pp. 294, 310 y 328.

extensión de la competencia de un órgano, o aun la “suspensión” (resolución 377) de una obligación.<sup>20</sup>

En términos generales, al alcance de una resolución o de una recomendación no puede ser entendida, como dice Virally, si no se toma en cuenta el proceso del cual emana, y que adquiere una significación jurídica solamente

... en la medida en la cual no sea simplemente la manifestación de los desiderata o de las pretensiones de una mayoría frente a una minoría, sino cuando exprese un mínimo de acuerdo con el cual participen todos aquellos que sean los destinatarios de tal resolución o de dicha recomendación y que, por consiguiente actuarán en tal sentido para asegurar su ejecución.<sup>21</sup>

De ahí que una resolución de la Asamblea, que haya sido adoptada a través de la vía del consenso o por unanimidad, puede pretender ser la prueba o el reflejo de un acuerdo entre los participantes y tener así un alcance no sólo moral y político, sino también jurídico. Por el contrario, la significación jurídica de una resolución será mucho más problemática desde el momento en que se adopte por mayoría, ya que es prueba de una falta de acuerdo manifiesto en relación con el conjunto de la comunidad internacional.

## VI. FORMALISMO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Esto nos hace palpable que, particularmente por lo que se refiere al derecho internacional del desarrollo, los modos de elaboración del derecho internacional público están muy lejos de poder estar a la medida de dar respuesta en forma satisfactoria a las necesidades de reglamentación jurídica que conoce la sociedad internacional contemporánea.<sup>22</sup>

Nadie puede negar, por otra parte, que el formalismo jurídico reviste una función primordial de “seguridad jurídica”, pero también es igualmente cierto que con sus procedimientos lentos y a veces complejos, este formalismo impide muchas veces la adopción de decisiones útiles y oportunas.

20 *Idem*, pp. 225 y 226

21 Virally, M., *op. cit.*, nota 13, p. 30. El término de recomendación está considerado por Virally como una resolución que invita al Estado a observar un comportamiento definido, mientras que el concepto de resolución, más amplio, se referiría a toda decisión tomada por un órgano deliberante, cualquiera que fuese su contenido (declaración, recomendación, etcétera); ver p. 49.

22 Ver *L'elaboration du droit international public Colloque de Toulouse*, Société Française pour le Droit Internationale, Paris, Pédone, 1975.

De aquí que no es muy satisfactorio que el jurista actualmente quede atrapado en un “juricentrismo”, ya que ello tiende a hacer olvidar la importancia de los fenómenos que no pueden ser aprehendidos por el derecho, que se sitúan ya sea más allá o más acá del discurso jurídico formal.

De esta suerte, ha podido ser demostrado que un examen cuidadoso de las resoluciones nos revela que el grado de obligatoriedad no depende tanto del instrumento como de su contenido y del marco institucional que enmarca su aplicación.

Una resolución adoptada por consenso y en la medida que refleja un cierto grado de acuerdo entre los participantes, puede llegar a obtener un efecto no solamente político, sino igualmente jurídico, y esto dependiendo obviamente del contenido mismo de la resolución, de la probabilidad de su aplicación y del examen no aislado sino en conjunto de toda una serie de resoluciones que versan sobre un mismo tópico, como formando parte de todo un proceso de decisión.<sup>23</sup>

## VII. LA “COUTUME SAUVAGE”

Las restricciones que pueden existir entre la norma consuetudinaria y las resoluciones de los organismos internacionales, pueden suscitar igualmente una fuerte polémica, ya que si bien puede llegar a existir consenso en el sentido que las resoluciones pueden incidir en el proceso de creación de la costumbre internacional, sin embargo, no existe acuerdo en la forma en que puede llevarse a cabo esta interrelación.

En términos generales, nosotros estaríamos de acuerdo en aceptar que, en todo caso, las resoluciones pueden traducir una *opinio iuris*, y que si ésta se llega a concretar en una *práctica*, sólo entonces podremos estar frente a una posible formación embrionaria de una regla consuetudinaria.

En este tipo de hipótesis, obviamente el elemento psicológico que caracteriza a la norma consuetudinaria parecería preceder al elemento material de la misma, y esta inversión parecería igualmente caracterizar lo que el profesor René-Jean Dupuy ha calificado como *coutume sauvage* frente a la *coutume sage*.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Ver *Les résolutions dans la formation du droit international du développement (Colloque)*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, núm. 13, 1971.

<sup>24</sup> Ver su estudio ya clásico de “Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la ‘coutume sauvage’, a la ‘soft law’”, *L’élaboration du droit international public (Colloque Toulouse)*, París, A. Pédone, 1975, pp. 132-148. En su curso de 1979 en La Haya, R.-J. Dupuy sostuvo: “La soft law n’est

## VIII. COSTUMBRE REVISIONISTA Y TÉCNICA DEL UNILATERALISMO

Es cierto que la lentitud de la formación de la costumbre y la incertidumbre de su exacto contenido, se acomoda mal con una sociedad cuya composición se ha transformado radicalmente y que debe afrontar problemas en constante renovación.

Es posible que la costumbre no sea ya la fuente esencial del derecho internacional, sobre todo si se le analiza en su aspecto internacional, pero aun así debemos reconocer que la jurisprudencia internacional, incluso la más reciente, revela que esta fuente parecería seguir conservando una importancia fundamental. (Ejemplo: CIJ, fallo de 1960 sobre el derecho de paso en territorio indiano; fallo de 1969 sobre el Caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte y los de 1974 sobre el caso de pescaderías.)

Nosotros pensamos que al poder ser considerada realmente como una técnica de elaboración "espontánea" de creación jurídica, la costumbre no puede dejar de seguir siendo aplicable a las nuevas estructuras internacionales, pero evidentemente y, por lo mismo, se verá a su vez afectada profundamente en su modo de elaboración.

Así, actualmente (CIJ, 1969, *Rec.*, p. 43) se admite una forma unánime que el transcurso de un extenso y amplio periodo de tiempo no es ya en sí una condición necesaria en la formación de la norma consuetudinaria (contrariamente a la antigua CPJI que exigía un "uso inmemorial", y de esta manera, como dice un autor, se libera a esta fuente de su *handicap mayor*, esto es, de la lentitud y tardanza de su elaboración.<sup>25</sup> Entendida así la costumbre, parecería que bien podríamos atribuirle una finalidad digamos "revisionista y dinámica", que no apunta únicamente hacia el pasado, sino que se dirige en contra de un sistema que pretendería establecer reglas cuasi universales en forma irreversible. Para no ir más lejos, el reciente derecho internacional del mar sería el campo por excelencia de este nuevo enfoque dinámico de la costumbre.<sup>26</sup>

*pas encore une règle de droit; elle assume une fonction contestataire ou incitatoire; elle pointe avec l'aurore du droit nouveau dont midi le juste sonnera l'avenement.*" Dupuy, R.-J., "Communauté internationale et disparités de développement". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*. 1979. IV. núm. 165, p. 223.

<sup>25</sup> Charpentier, J., *Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier*. Paris, Pédone, 1974, pp. 105-131.

<sup>26</sup> Dupuy, R.-J., "Coutume sage et coutume sauvage", *Mélanges à Ch. Rousseau*. Paris, Pédone, 1974, pp. 75-87; igualmente Hjertonsen, K., *The New Law of the Sea*. Sijthoff, 1973, en particular pp. 145-171.

No se puede dejar de reconocer que los Estados intervienen en las relaciones internacionales, para generar efectos jurídicos, por medio de actos unilaterales cuya forma es estatal, pero su objeto es internacional, sin que esto quiera decir por supuesto que el derecho positivo vigente reconozca actualmente al Estado algo así como una capacidad jurídica para actuar como una especie de legislador internacional.<sup>27</sup>

Pero lo que sucede es que, por ejemplo, dentro de la composición del actual derecho del mar, tal parece que lo que podría llamarse como la técnica del *unilateralismo* debería acordársele actualmente un lugar de “primerísima” importancia, no sólo desde un punto de vista cuantitativo por el gran número de actos unilaterales emitidos, sino también en forma cualitativa en razón de su transformación en reglas de derecho positivo.

La práctica que en un principio es sólo adoptada por un solo país, y que según el caso puede suscitar una mayor o menor oposición por parte de terceros, es luego ampliamente imitada, repetida y uniforme hasta que llega el momento en que la convergencia de la adopción de tales medidas, que pueden incluso tomar la forma de declaraciones conjuntas (son medidas unilaterales adoptadas por varios Estados, como la Declaración de Santiago, Lima, etcétera), desemboca en la formación de una costumbre internacional en la propia materia.<sup>28</sup>

Luego entonces, no puede negarse que de hecho asistimos a un advenimiento de nuevas formulaciones de reglas y principios cuyo alcance jurídico no posee por lo pronto el rigor de las fuentes del derecho internacional general (específicamente las enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ). Pero definitivamente la práctica ha demostrado que un exceso de formalismo legal no se justifica en derecho internacional público (sobre todo donde no existe un sistema judicial organizado como en el derecho nacional para la aplicación de sanciones),<sup>29</sup> y dentro del

27 Como dice Roger Pinto, debería ser reconocido un interés jurídico al Estado para intervenir unilateralmente por vía legislativa en materias importantes para la comunidad internacional, como por ejemplo la legislación de Canadá de 1970 para prevención de la contaminación de los mares (ver *Colloque de Toulouse*, 1974).

28 La institución de la plataforma continental es un ejemplo de adopción casi por unanimidad, en tanto que la ZEE sería un ejemplo de una práctica que engendra mayor oposición por parte de terceros.

Esta técnica del “unilateralismo” es cierto que en un principio deroga el principio del consensualismo que debe presidir las relaciones internacionales. (Ver la documentada tesis Suy, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962. Ver igualmente Statement of december 4, 1970, to the *First Committee of the General Assembly*, Mr. J. A. Beesly, Canadian Representative).

29 Incluso en el terreno de la seguridad internacional, el órgano encargado de sancionar las violaciones de derecho es un órgano político, como dice Virally, lo que trae como consecuencia que en muchos casos no sea sancionada la infracción.

cual lo que importa no es tanto el aspecto formal del instrumento mismo sino el de su efecto o significación jurídica.

Compromisos simplemente que podríamos llamar “político-morales”, pueden tener un peso mucho más considerable que una obligación típicamente jurídica. Es necesario por lo tanto referirse al comportamiento de los Estados, pues como varias veces ha sido subrayado, poco importa que una reforma tome la forma de un “tratado” si éste no recibe ninguna aplicación. Por todo ello la flexibilidad de los nuevos instrumentos es sin duda necesaria y debe ser promovida en todo sentido. Hay que reconocer que actualmente, instrumentos tales como las resoluciones (declaraciones, recomendaciones, etcétera) de la Asamblea General de Naciones Unidas, en términos generales, “pueden contribuir a la formación de normas generales de derecho”, y esto es así por el simple hecho de que si un órgano internacional como la Asamblea General no dispone de un poder constituyente, no puede entonces atribuirse él mismo mayores facultades y poderes jurídicos que aquellos que le fueron originalmente asignados.

De aquí que, como lo ha hecho notar una parte de la doctrina, no creemos que pueda asimilarse (y nos guste o no) el voto de un gobierno a favor de una resolución internacional, con la aplicación efectiva por ese gobierno de los principios enunciados en dicha resolución.<sup>30</sup>

Por el contrario, estamos convencidos de que el consenso que pueda desprenderse de una resolución internacional, logre en “ciertas ocasiones” (habría que analizar las circunstancias de votación, el contenido y las modalidades de su aplicación) constituir la *opinio juris* de una costumbre en vías de formación, de una regla en proceso de elaboración que favorezca, en una palabra, su advenimiento efectivo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta innegable que una norma no puede reivindicar la característica de regla consuetudinaria sin un mínimo de *efectividad*, ya que sólo entonces habría rebasado el ca-

En estas condiciones no hay gran diferencia entre un compromiso formalmente jurídico y otro que no lo es, siendo que la cuestión de la sanción no se va a plantear en términos sustancialmente diferentes. Virally, M., en *Colloque* de Genève, IUHEI, 1970, p. 24.

<sup>30</sup> Esto refuta la tesis de una posible “costumbre instantánea”. No por ello queremos decir que compartimos un punto de vista similar al defendido por juristas como K. Mareck, quien se refiere a las resoluciones de la AG con expresiones como las siguientes: “*The Orwellian quality of the UN pseudo-legislative activities is as could be expected, accompanied by a supreme contempt of all intellectual rigour*”, p. 377, en su artículo “Reflections on Contemporary Law-Making in International Law”, en *International relations in a changing world*, Genève, IUHEI, 1977. Ver también el artículo de Petersmann, Ernest. “International law and the new international economic order”, *Law and State*, vol. 17, pp. 7-20.

rácter “prepositivo” de la *lex ferenda* al incidir concretamente sobre la práctica internacional.

El jurista Igmaz Seidl-Hohenveldern, en un acucioso estudio, ha precisado que sin desconocer la ductilidad y flexibilidad de las reglas calificadas como de *soft law*, gozan éstas de una cierta “importancia en el derecho internacional, aunque obviamente sin pretender que puedan resolver conflictos internacionales entre los Estados”.

La conclusión a la que llega el mencionado jurista, es la de que podemos únicamente esperar que por lo menos algunas nuevas reglas dentro de las relaciones económico-internacionales puedan llegar a ser aceptables así sea como *soft law*, para que gradualmente se constituyan nuevas reglas de derecho internacional.<sup>31</sup>

## IX. CONCLUSIONES

Cuando se pretende hacer una recapitulación de un análisis, por somero que éste sea, de lo que constituye el derecho internacional del desarrollo, y uno se percata de que el proceso de formación de este derecho no presenta ninguna *especificidad* que lo diferenciara de los procesos de elaboración de normas en otros campos, y aun y cuando el lugar que ocupan los “*principios*” (por ejemplo, el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales) en este llamado derecho del desarrollo sea extremadamente importante, puede uno legítimamente preguntarse, como lo hace el profesor Michel Virally, si no deberíamos abandonar los esfuerzos de seguir impulsando esta rama incipiente del derecho internacional, en vista de los problemas y dificultades (y, hasta cierto punto, decepciones) que ha encontrado en su trayecto.

Sin embargo, el mismo profesor M. Virally, que es, sin lugar a dudas, uno de los juristas que con mayor seriedad ha estudiado este tipo de problemas, contesta a pesar de todo, en forma negativa, ya que ello, dice, equivaldría a renunciar a utilizar el derecho internacional como instrumento de cambio de la sociedad internacional.

Si por el momento no existe alternativa en el sentido de poder reemplazar el derecho internacional del desarrollo, por un derecho “revolucionario” (y no únicamente reformista), lo que en sí constituye una idea utópica sin consistencia ni contenido (Virally), hay que propugnar entonces por

31 Ver Seidl Hohenveldern, I., “International Economic Soft Law”, *RCADI*, núm. 163, 1979-II, pp. 165-246.

afianzar, cada vez más, dentro del derecho positivo, los “*principios*” de este derecho del desarrollo, para que así se puedan, de alguna manera, redefinir las relaciones entre países en vías de desarrollo y países industrializados; para ello, esta nueva rama del derecho debe estar plenamente consciente de la necesidad de abandonar la era retórica de las proclama-ciones y de los discursos de virtuosismo, para entrar de lleno en la edad de la razón.<sup>32</sup>

32 Virally, Michel, “Vers un droit international du développement”. *Annuaire Français de Droit International (CNRS)*, París, 1965, pp. 2-12; *idem.* “A propos de la *lex ferenda*”. *Mélanges offerts à Paul Reuter*, París, Pédone, 1981, pp. 519-535; *idem.* “Droit, politique et développement”. *La formation des normes en droit international du Développement*, *cit.*, pp. 156-161 y 379-381.



MÉXICO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN  
CONSULTIVA DEL 6 DE MAYO DE 1998\*

SUMARIO: I. *Comunicación con los nacionales del Estado que envía.* II. *Argumento de Estados Unidos en contra de la emisión de una opinión consultiva.* III. *Contrargumentación de los Estados Unidos de América en relación a la opinión consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México.* IV. *La efectiva protección de los derechos humanos en los Estados Unidos.* V. *Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998).* VI. *Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado.* VII. *Respuesta del gobernador de Virginia.* VIII. *Obligatoriedad de las providencias de la Corte.* IX. *Caso relativo a la Convención sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania vs. Estados Unidos de América).* X. *Declaración del juez Shigeru Oda.* XI. *Opinión separada del presidente Schwebel.* XII. *Opinión crítica acerca de las "medidas provisionales".* XIII. *Sentencia del 1o. de octubre de 1999.*

El 17 de noviembre de 1997, el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de *opinión consultiva* en relación a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

La materia de la consulta guarda relación con las garantías mínimas y los requisitos de debido proceso, en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a personas de nacionalidad extranjera, a quienes el Estado

\* Trabajo publicado en el libro *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

receptor no ha informado de su derecho a comunicarse, y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.<sup>1</sup>

El gobierno de México consideraba que las disposiciones contempladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, contenían obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados; y así un Estado incurre en responsabilidad si las personas detenidas, de nacionalidad extranjera, no son informadas, sin dilación, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, de conformidad al artículo 36 de la mencionada Convención de Viena de 1963.

Tratándose de individuos de nacionalidad extranjera —esgrime México— las garantías mínimas en materia penal plasmadas en diversos instrumentos de derecho internacional, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 4o.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 6o.) y diversas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y práctica jurisprudencial, deben ser aplicados e interpretados en armonía y dentro del marco de la misma Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuando el Estado receptor, no ha informado oportunamente a los interesados de los derechos que les confiere la Convención de Viena, el gobierno de México ha protestado oficial y enérgicamente de esta irregularidad, en el ámbito bilateral, por considerar precisamente que las personas en cuestión se les ha privado del goce y ejercicio efectivo de sus derechos.<sup>2</sup>

De acuerdo con el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transmitió la Consulta presentada por

1 Véase Oficio del 17 de noviembre de 1997 enviado por el secretario de Relaciones Exteriores, José Ángel Gurriá, y recibido por la Secretaría de la Corte Interamericana, el 9 de diciembre de 1997.

2 Véase, "Solicitud de Opinión Consultiva, presentada por el gobierno de Estados Unidos Mexicanos", *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16*, XL Período Ordinario de Sesiones, 8 al 9 de junio de 1998. México en este escrito, menciona a 38 nacionales mexicanos que en ese tiempo, habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América, sin que fueran informados de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas. Dos de estos nacionales fueron ejecutados, después que se desecharon sus reclamos de falta de notificación oportuna. "No obstante que es un principio generalmente aceptado en el ámbito interamericano, que todo Estado federal constituye una sola persona en el derecho internacional, en el primer caso las autoridades del estado de Texas adujeron que esa entidad federativa no es signataria de la Convención de Viena. En el segundo caso, las autoridades federales de los Estados Unidos de América ofrecieron 'amplias disculpas' al gobierno de México, después de la ejecución de la pena por parte del estado de Virginia", *op. cit.*, pp. 1 y 2.

México a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al secretario general de la OEA, informándoles del plazo fijado por el presidente en turno de la Corte, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevante respecto de la solicitud.

Las preguntas hechas a la Corte son las siguientes:

1. En el marco del artículo de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

2. Desde el punto de vista del derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?

3. Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena ¿debe interpretarse la expresión “sin dilación” contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informe a todo extranjero detenido por delitos sancionados con la pena capital, de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1 b) en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiaca o judiciales?

4. Desde el punto de vista del derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

6. En el marco del artículo 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio artículo 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión, “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas y que tratándose de extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

7. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación exigida por el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con respecto a los interesados con el derecho de éstos a disponer de “medios adecuados para la preparación de su defensa” de acuerdo con el artículo 14.3 b) del Pacto?

8. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que las expresiones “garantías mínimas” contenidas en el artículo 14.3 del Pacto y “equiparables como mínimo”, contenidas en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

9. Tratándose de países americanos construidos como Estados federales que son partes en el Pacto de Derechos Civiles y en el marco de los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno, para hacer efectiva, en tales casos, la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todas sus partes componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagradas en el Pacto?

10. En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

11. Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los artículos 3.k) de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación al detenido o inculpado “sin dilación” de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos sin distinción por motivos de nacionalidad y con el reconocimiento por la declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

12. Tratándose de personas extranjeras y en el marco del artículo 3.k) de la Carta de la OEA y de los artículos I, II y XVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?<sup>3</sup>

Es importante señalar que el derecho individual de los nacionales extranjeros, al que hace referencia México, en el sentido de la facultad que tienen éstos de comunicarse con las autoridades consulares de su país, es una hipótesis diferente de la protección diplomática, en la que el Estado del nacional, “endosa” la reclamación de la persona física o moral, haciendo que el litigio cambie de naturaleza, convirtiéndose en una controversia de Estado a Estado, por haberse agotado, supuestamente los recursos internos.<sup>4</sup>

En la solicitud de *opinión consultiva* que plantea México a la Corte Interamericana, se encuentra como fondo, y punto crucial de la petición, la interpretación y alcance jurídico del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada ésta en la ciudad de Viena el 24 de abril de 1963, y vigente desde el 19 de marzo de 1967. Esta Convención modifica mayormente la práctica ancestral y el derecho consuetudinario en materia de usos y costumbres consulares.

## I. 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 compe-

<sup>3</sup> Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998, sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-16*. CIDH. pp. 6 y 7.

<sup>4</sup> Véase *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional el 30 de agosto de 1924: “Es un principio elemental del derecho internacional el que consiste en autorizar a un Estado en proteger sus propios nacionales, violentados por actos contrarios al derecho internacional, cometidos por otro Estado, y del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias...”, CPJI. Serie A. N. 2. p. 12.

tente 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 le reconocen en ese apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho de visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conservar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del 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 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 se tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.<sup>5</sup>

5 Véase Texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en Palma, Hugo, *El sistema internacional en sus textos*, Lima, CEPEI, 1990, t. I, pp. 537-573. El texto francés puede consultarse en Dupuy, Pierre-Marie, *Grands textes de droit international public*, París, Dalloz, 1996, pp. 44-72.

“ Artículo 36. Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi.

1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité:

a) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux;

b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa;

c) Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pouvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

El antiguo profesor de la Facultad de Derecho de Aix, Georges Bay, sostenía que el *consul* como tal, es un mandatario público y oficial, que tenía por misión no sólo el vigilar y cuidar en el extranjero los intereses comerciales de su país, sino también, y en forma fundamental, estar al cuidado de la protección de sus nacionales.

El cónsul puede no desempeñar un papel directamente político como sería el caso de un embajador, pero —dice G. Bay—, el cónsul posee atribuciones múltiples, un cúmulo de funciones de las más diversas; es esto posiblemente lo que hacía decir a Talleyrand: "*Quand on a été ministre habile, que de choses il faut encore savoir pour être un bon consul!*"<sup>6</sup>

De igual forma, la autoridad del jurista René Foignet, sostenía que la función principal de los cónsules, era la de proteger los intereses de sus nacionales radicados en el extranjero. Para este autor el cónsul no debería ser concebido, como muchos pretenden, como simples agentes encargados de asuntos de comercio o relativos al mismo. Un *cónsul comerciante* no podría tener la autoridad suficiente para defender los derechos e intereses de sus nacionales que están habitando en el extranjero.<sup>7</sup>

En general se afirma que las funciones propiamente consulares son diversas a las funciones propiamente diplomáticas, en el sentido que las primeras no incluyen, *stricto sensu*, la representación del Estado.

Los Estados pueden mantener entre ellos relaciones consulares, y sin que esto implique el mantenimiento forzoso de relaciones diplomáticas. La admisión de los cónsules siempre se ha efectuado mediante la concesión del llamado *exequatúr* ("permítale actuar"), por el jefe de Estado o de Gobierno que los acepte en la calidad de tales.<sup>8</sup>

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence. Étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article".

6 Véase Bry, Georges, *Précis élémentaire de droit international public*, 3a. ed., París, Lorose et Forcel, 1896, pp. 265-289.

7 Véase Foignet, René, *Manuel élémentaire de droit international public à l'usage des candidats aux carrières diplomatique et consulaire*, 8a. ed., París, Arthur Rousseau, 1913, pp. 191-213.

Para Foignet el origen histórico del consulado no debe buscarse en el *pretor peregrino* de Roma, ya que éste no era un funcionario enviado por un Estado al territorio de otro Estado, sino que en realidad era un magistrado romano, como el *pretor urbano*, y sus funciones no eran como las de nuestros cónsules, consistentes en proteger los intereses y derechos de sus nacionales, sino simplemente administrar la justicia frente a los *peregrinos*, véase Foignet, R., *op. cit.*, p. 191.

8 Véase Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, trad. López Oliván y Castro-Rial, J. M., Barcelona, Editorial Bosch, 1961, t. I, vol. II, pp. 416-425.

Hoy en día el derecho internacional admite que tanto el personal consular como el personal diplomático debidamente acreditados, *representan* a su Estado en otro Estado, pero se sigue aceptando que los cónsules, a diferencia de los diplomáticos, no se ocupan de las “relaciones políticas” entre dos Estados.

El *iusinternacionalista* británico, Michael Akehurst, al comentar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostiene que no todo lo ahí expresado podía ser considerado como codificación del derecho consuetudinario, por lo menos en aquel momento. Sin embargo, alude a ciertos aspectos de la Convención que son muy representativos de la práctica internacional recogida en múltiples convenios bilaterales en materia consular. Esto es particularmente cierto, dice M. Akehurst, en relación precisamente con el artículo 36, que otorga el derecho a los cónsules para comunicarse con los nacionales del Estado acreditante en el territorio del Estado receptor, especialmente cuando dichos nacionales se encuentran en prisión antes de ser enjuiciados, o después que han sido condenados en un juicio de orden penal o criminal.<sup>9</sup>

Por otro lado, la Convención de Viena de 1963, deja en claro ciertos aspectos que en el pasado fueron motivo de discrepancia en la doctrina.

Así, deja bien asentado que el consentimiento que se otorga para el establecimiento de relaciones diplomáticas, implica a la par el establecimiento de relaciones consulares, salvo obviamente, disposición en contrario de las partes, y que llegado el caso de una ruptura de relaciones diplomáticas esto no entraña *ipso facto*, la ruptura de *relaciones consulares* (artículo 2o.).

En una disposición de doce incisos (artículo. 5o.), la Convención enumera una multiplicidad de funciones consulares siendo la primera de ellas, la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales” (artículo 5o., inciso *a*), señalándose más adelante, que los cónsules deberán “prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas (artículo 5o., inciso *e*)”, e igualmente, “representar a los nacionales del Estado que en-

Una perla en la diplomacia, fue la negativa de Austria de concederle el *exequatur* a Stendhal quien había sido nombrado cónsul de Francia en Trieste, a causa de las dificultades que en el pasado había tenido el escritor con la policía de Metternich. Véase, citado por Charles Rousseau, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 341, nota 96.

<sup>9</sup> Véase Akehursts, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed.. Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, pp. 118 y 119.

vía a tomar medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor” (artículo 5o., inciso *i*).

El momento en que el jefe de una Oficina Consular es formalmente admitido al ejercicio de sus funciones, es aquél en que el Estado receptor le otorga el *exequatur*, pero en caso de negársele este documento a la persona propuesta como cónsul mediante “carta patente”, el Estado receptor no queda obligado a comunicar los motivos de su negativa (artículo 12).

La Comisión de Derecho Internacional, que llevó a cabo los trabajos e informes preparatorios de las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963, nos ayuda a esclarecer ciertos aspectos de la Solicitud de *opinión consultiva* presentada por México.

En la decimosegunda sesión de la Comisión de Derecho Internacional (25 de abril a 1o. de julio de 1960), el Relator Especial, señor Jaroslav Zourek (de nacionalidad checa), explicó que era de una importancia eminente el que se plasmara la confirmación, por una convención multilateral, del derecho que posee todo cónsul de representar *ex officio*, ante las autoridades judiciales y administrativas los nacionales de su propio Estado, que se encuentran en la imposibilidad de defender por sí mismos sus derechos e intereses.

En este mismo sentido, el señor Milan Bartos, declara que no cabe la menor duda que existe una regla de derecho consuetudinario que otorga a los cónsules el derecho de representar a sus connacionales; numerosas convenciones consulares, dice Bartos, y en particular aquellas celebradas por los Estados Unidos con otros países, contienen disposiciones expresas en este sentido. Es un derecho reconocido, incluso en ausencia de toda disposición convencional expresa.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Véase *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. I, 1960, A/CN.4/SER.A/1960. 563e Séance, pp. 269 y 270. En un Proyecto presentado por el relator especial en el año de 1959, se planteaban dos variantes para consideración de la Comisión, y en tanto la una como la otra, la protección de los nacionales aparecía como primordial. En la primera variante y en referencia a las funciones concernientes a la protección se dice: “*To see that the sending State and its national enjoy all the rights accorded to them under the laws of the State of residence and under the existing international conventions and to take appropriate steps to obtain redress if these rights have been infringed*”. Respecto a la segunda variante se afirma que la función del cónsul es: “*a) To give assistance and relief to nationals and bodies corporate of the sending State and to protect them vis-à-vis the local authorities*”. Véase *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 11<sup>th</sup> Session, A/CN.4/SER.A/1959, 20 de abril-26 de junio de 1959, pp. 169 y 170.

## II. ARGUMENTO DE ESTADOS UNIDOS ENCONTRA DE LA EMISIÓN DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA

De acuerdo al gobierno estadounidense la Corte Interamericana de Derechos Humanos no debería de conocer de la solicitud planteada por México, ya que ésta estaría, según Estados Unidos, dirigida específicamente en contra de su país y la Corte tendría que involucrarse en *factual and legal findings*, de una situación bilateral precisa, que claramente iba más allá de la jurisdicción y competencia del contexto de un procedimiento de tipo consultivo.

En realidad el gobierno mexicano, según esto, estaría presentando un caso contencioso bajo el subterfugio de una opinión consultiva.

La petición mexicana no podría ser desahogada por la Corte, sin que ésta hiciera un examen de hechos y situaciones particulares, lo que rebasaría su competencia consultiva. De acuerdo a los Estados Unidos, la Corte debería declararse como no competente para conocer el caso, ya que no se trata aquí únicamente, de una cuestión de derecho, o de una simple interpretación de tratados. Una opinión consultiva como la solicitada por México, prejuzgaría además necesariamente los derechos e intereses de los Estados Unidos en cualquier procedimiento contencioso en lo futuro, ante la Corte Interamericana eventualmente, y ante otros foros internacionales, así como dentro del sistema jurídico doméstico.<sup>11</sup>

La Convención Americana de 1969 prevé en su artículo 64 la función consultiva de la Corte Interamericana en términos muy amplios, ya que no sólo los Estados parte en la Convención pueden solicitar opiniones consultivas, sino también cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos.

<sup>11</sup> Véase *The Government of the United Mexican States, concerning application of the death penalty in violation of the Vienna Convention on Consular Relations and International Human Rights Guarantees (Written Observations)*, 1o. de junio de 1998, "Thus, the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, notwithstanding that the United States is not a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under Article 62". Este argumento fue reiterado en la audiencia pública por John Crook, consultor jurídico adjunto para Naciones Unidas del Departamento de Estado: "The application seeks, through the mechanism of an advisory opinion, a judgment in a contentious dispute with my government. This cannot be. Previous cases make clear that the Court cannot render an advisory opinion where the application in truth conceals, involves rather, a concealed contentious case", Véase *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998*, cit., nota 3, p. 65. párrafo 4.

Esta jurisdicción consultiva, como vimos en su oportunidad, no se circunscribe únicamente a la interpretación de la Convención, sino que se extiende igualmente a cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Pero por sí fuera poco, la Corte está investida con la facultad de emitir opiniones consultivas, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, sobre la compatibilidad o la incompatibilidad, entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, o la Convención misma.

A propósito de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina más autorizada ha sostenido que en materia de opiniones consultivas, deben éstas dividirse en dos categorías:

Por una parte, tendríamos aquellas opiniones consultivas que pueden ser emitidas, sin que en forma alguna se atisbe ningún razgo de toma de posición frente a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados; y por otro lado, tendríamos aquella categoría de opiniones consultivas que en forma más o menos directa, y en grados muy variables, corren el riesgo de poner en juego ciertas cuestiones de naturaleza diversa a la mera decisión de tipo consultivo.

Hacer cierto tipo de generalizaciones para saber cuando nos encontramos frente a una categoría, y cuando nos encontramos frente a la otra categoría de opiniones consultivas, es, dice el conocido profesor de Lovaina, Charles De Visscher, un verdadero intento vano e insustancial, por la simple y sencilla razón que todo es cuestión de *espèce*, por ejemplo todo es cuestión del caso concreto.<sup>12</sup>

Así la Opinión Consultiva dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de la *Carélie Orientale* (1923), constituyó una decisión sobre un caso concreto y específico, al igual que lo fue el de la Corte Internacional de Justicia, dictado en el Caso sobre la *Interpretación de Tratados de Paz* (1950), cuando ésta declaró que la demanda de Opinión que le había sido dirigida concernía únicamente la aplicabilidad a ciertos diferendos de un procedimiento de arreglo instituido por los tratados, y que una demanda de tal naturaleza, no podía afectar el fondo de dichos diferendos, ni por consiguiente, comprometer la posición jurídica de los Estados que pudieran llegar a ser partes.<sup>13</sup>

12 Véase De Visscher, Charles, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, París, Pedone, 1966, chapitre III, pp. 195-202.

13 Véase *ibidem*, p. 196.

Toda la evolución de las opiniones consultivas y, muy particularmente la asimilación gradual del “procedimiento de opiniones”, con el “procedimiento contencioso”, denota, dice Ch. de Visscher, la preocupación de excluir toda posibilidad de introducir, de manera un tanto subrepticia, la jurisdicción obligatoria por la vía simulada, o desviada, de la opinión consultiva. De evitar, que un diferendo entre Estados, sea, de hecho, dirimido por la respuesta dada a una cuestión que se relaciona, y que puede constituir una cuestión clave del diferendo en cuestión.<sup>14</sup>

Si regresamos ahora al artículo 64, párrafos 1 y 2 de la Convención Americana de 1969, y al título III del Reglamento de la Corte Interamericana (artículos 59 a 64) referente a las opiniones consultivas, está claro que cualquier Estado miembro de la OEA, puede solicitar la interpretación de cualesquiera de las disposiciones, no sólo de la Convención misma, sino de cualquier otro tratado que concierna a la protección específica de los derechos humanos, dentro del hemisferio occidental.

En la Opinión Consultiva relativa a la “Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta” (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana observó lo siguiente:

El sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA, presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del artículo 64.1, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro, o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión... La Corte debe subrayar que, en general, cuando una

En el Caso de la *Carélie Orientale*, la Corte Permanente declinó responder a la solicitud de Opinión, porque el asunto planteado se refería a una controversia pendiente entre dos Estados, uno de los cuales, Rusia, se negaba a participar en el procedimiento, y ello, aunado al hecho de que la solicitud implicaba claramente una cuestión de hecho que no podía ser elucidada sin haber escuchado, previamente, a ambas partes. En este caso concreto y específico, la CPJI, sostuvo que el mero hecho de intentar emitir una Opinión Consultiva “...would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties”. Véase Hudson, O. Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, Nueva York, The MacMillan Company, 1943, chapter 22, pp. 483-526.

<sup>14</sup> Véase De Visscher, Charles, *op. cit.*, nota 12, p. 197. El mismo De Visscher acepta que esta preocupación siempre estará presente, y que ningún esclarecimiento doctrinal puede evitarle al juez, en forma absoluta, una posición *a priori*, esto es, una posición general, pues todo será una cuestión de cada caso concreto y específico, *Cfr.*, Lauterpacht, Sir Herscho, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens and Sons, 1957, pp. 352-358.

solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción (*contain issues outside the scope of its jurisdiction*), a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión.<sup>15</sup>

En esta Consulta sometida a la Corte por Costa Rica, era de suma importancia el determinar si, la opinión solicitada hacía referencia a la interpretación de la Convención Americana de 1969, o si, por el contrario, hacía referencia a la interpretación del derecho interno de Costa Rica, en cuyo caso la pretendida consulta estaría yendo más allá de la competencia de la Corte.

A este respecto, la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, es bastante interesante:

... El gobierno manifestó su interés en clarificar una situación ambigua, en cierto modo de su propio orden interno, pero también directamente vinculada al cumplimiento de sus obligaciones como Estado parte de la Convención y, por ende, a la responsabilidad que podría resultarle de su incumplimiento en el orden internacional. En las hipótesis planteadas, parecía interesarle saber, por ejemplo, si el de "rectificación o respuesta", es un derecho de carácter autónomo, *exigible "per se" como derecho de la Convención, aunque su ejercicio no haya sido regulado en el orden interno*, de modo que su violación podría serle reclamada por el hecho de no ampararlo, como incumplimiento de su deber inmediato de respetarlo y garantizar su goce, efectivo, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, independientemente de su falta de regulación...<sup>16</sup>

El gobierno de México al solicitar la Opinión Consultiva respecto a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los

15 Véase *Corte IDH*, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 20. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", *Opinión Consultiva, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986*, Serie A, N. 7.

16 Véase "Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante", *Opinión Consultiva OC-7/86, cit.*, nota 15. pp. 42-77 (pp. 45 y 46). El punto relativo a la admisibilidad de la consulta presentada por el gobierno de Costa Rica, fue decidida por cuatro votos a favor y tres en contra: desistieron los jueces Buergenthal, Nieto Navia y Nikken, *ibidem* pp. 31-41.

*Cfr.* Ruiz Miguel, Carlos, "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?". *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, CIDH/Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1345-1363.

derechos humanos en los Estados Americanos, fundamentó la atingencia de su Consulta, en el artículo 64 del Pacto de San José haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

En particular el gobierno mexicano hizo referencia a las opiniones dictadas con motivo de las consultas sobre: “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, OC-9/87”; “Restricciones a la Pena de Muerte, OC-3/83”; “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89; y muy en especial a la Opinión Consultiva sobre *Otros Tratados*, Objeto de la Función Consultiva de la Corte, OC-1/82”.

En sus “observaciones escritas” el gobierno de México sostuvo que en relación a la Consulta que estaba planteando, no se pretendía que la Corte determine el alcance de compromisos internacionales, asumidos por Estados que no son miembros de la OEA, ni la interpretación de normas sobre el funcionamiento de órganos u organismos ajenos al sistema interamericano. Por el contrario, en la presente Consulta está directamente involucrada la protección de los derechos humanos en las Américas y el principal propósito de la solicitud es asegurar el cumplimiento y determinar el alcance de las obligaciones contraídas por Estados miembros de la OEA conforme al derecho internacional.

Tampoco se pide a la Corte que interprete el derecho interno de ningún Estado, ni que ejerza su competencia consultiva, “mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva...”. Sin embargo, no se pretende que la Corte se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado en ningún caso concreto.<sup>17</sup>

17 Véase “Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos”, *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2 (capítulo III, *Admisibilidad*), pp. 19 y 20. En la Audiencia Pública del 12 de junio 1998, el gobierno mexicano enfatizó que la Consulta no estaba enderezada en contra de algún Estado en particular, y que si bien se hacía referencia a casos concretos, éstos eran mencionados únicamente como casos ilustrativos, con objeto de fundamentar una determinada argumentación. Pero en cambio, lo que México sí pretende con esta Consulta, es buscar el cumplimiento “...de las condiciones mínimas en un proceso judicial, que se sigue contra un extranjero, en un Estado, parte de la Convención de Relaciones Consulares, donde se le acusa de haber cometido un delito”. Véase “Sesión del 12 de junio de 1998”, Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública, OC-16, cit.*, nota 3, pp. 3-23 (p. 11).

Así pues, todo deja indicar, de acuerdo a la jurisprudencia más relevante y la doctrina más autorizada, que el gobierno mexicano está fundado plenamente en derecho, para exigir la *opinión consultiva* solicitada.

Cuando el artículo 64 de la Convención Americana nos dice que todo Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte, acerca de la interpretación de dicha Convención o de "...otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", debe entenderse que esta terminología no está siendo utilizada únicamente en relación a los puros tratados sobre derechos humanos, sino, antes al contrario, está cubriendo todo acuerdo, convenio, pacto o tratado, y ya sea de carácter bilateral o multilateral, que posea un contenido relativo a la materia de la protección de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, se puede pensar, dice T. Buergenthal, en los casos referentes a tratados de extradición, en donde además de ser instrumentos elaborados para facilitar la cooperación entre Estados sobre delitos graves, están también pensados para asegurar que los derechos humanos del sujeto extraditable, sean protegidos y respetados.

Así, por ejemplo, en estos tratados sobre extradición, se contempla casi en todos ellos, el principio según el cual, el Estado que demanda la extradición no debe —sin mediar consentimiento del Estado requerido—, enjuiciar al individuo más que por el solo delito por el cual se concedió la extradición (*principio de especialidad*).

Igualmente no se considera que deba llevarse a cabo la extradición, cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado tanto dentro del Estado requirente, como dentro del Estado requerido (*principio de doble tipicidad*).<sup>18</sup>

18 Véase Buergenthal, Thomas: "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court". *American Journal of International Law*, vol. 79, núm. 1, enero de 1985, pp. 1-28. Analizando este aspecto del artículo 64, el antiguo presidente de la Corte, Thomas Buergenthal, se pregunta que debería entenderse por el concepto de *human rights* dentro de este contexto y responde: "*In dealing with this problem, the Court might look to the catalog of rights found in the principal international and regional human rights instruments and in the constitutions of the states constituting the inter-American system*". *cit.*, p. 7. Véase Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso. *Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, capítulo II, pp. 15-21.

### III. CONTRARGUMENTACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN RELACIÓN A LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL 6 DE MARZO DE 1998, SOLICITADA POR MÉXICO

El gobierno de los Estados Unidos de América, en su *Memorial (Written observations)*, adujo en primer término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tenía jurisdicción para conocer del Caso sometido por México, ya que el punto objeto de la controversia se refería a la interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, instrumento éste que no podía considerarse en forma alguna, un tratado sobre derechos humanos, ni concerniente o relativo a dichos derechos.

Del hecho, que la Convención de Viena estipule una protección, potencialmente importante, para ciertos individuos en detención, no se infiere por ello que la Convención concierna la protección de derechos humanos en tanto tales, en el sentido estricto que pudiera conferírsele una jurisdicción a la Corte,

Existen infinidad de tratados como aquellos que regulan ciertos aspectos del comercio, o de inversiones extranjeras, o incluso aspectos de herencia, o dominio sobre tierras, que confieren no sólo beneficios, sino también derechos específicos a los individuos, y no por ello se transformen en tratados o instrumentos sobre derechos humanos.

Pero además, sostienen los Estados Unidos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no es en sentido alguno un tratado de tipo regional, ni pertenece al ámbito del *sistema jurídico interamericano*. En realidad se trata de una Convención adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas con objeto de establecer un régimen global y uniforme para la mejor conducción de las relaciones consulares entre Estados soberanos. El hecho de querer llevar la interpretación de obligaciones de los Estados, derivados de la Convención, a un marco y campo regionales, es algo totalmente inconsistente con su naturaleza.

Por otro lado, dice Estados Unidos, hay que tomar en cuenta que existe ya un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, introducido por Paraguay en contra del gobierno norteamericano, en donde se tratan los mismos puntos alegados por México en su Opinión Consultiva. Ello exige que se tenga prudencia y la mayor cautela, hasta en tanto la Corte de La Haya, no haya dictado una sentencia definitiva interpretando las obligaciones de los Estados derivadas de su pertenencia a la Convención de Viena.

Por último, diría Estados Unidos, una razón adicional para eximirse la Corte Interamericana de conocer la *opinión consultiva* de México, es que ésta, no es tal, es decir, que el gobierno mexicano estaría presentando de hecho, un caso de naturaleza contenciosa, bajo la vestimenta o ropaje de una solicitud de opinión consultiva.

Que el objeto materia del procedimiento, encubre en realidad un caso contencioso, es más que evidente, si se piensa que los alegatos presentados por México, no pueden ser resueltos, sin que se haga una referencia expresa a una serie de hechos específicos. Los puntos sometidos a la Corte no son pura y simplemente cuestiones de derecho o de interpretación de tratados. Dichos puntos están necesariamente determinados por el análisis concreto de hechos específicos, aún y cuando éstos no hayan sido establecidos en forma categórica, y no pueden serlo, por la sencilla razón que están fuera de la jurisdicción de la Corte.

De esta suerte, sostiene Estados Unidos, el presente caso es un evidente intento de someter a dicho país a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, incluso a sabiendas, que los Estados Unidos, no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y menos aún han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. Así, una *opinión consultiva* como la que ha sometido México, causaría inexorablemente, un perjuicio a los derechos e intereses de los Estados Unidos para cualquier futuro procedimiento contencioso ante la Corte y en otros procedimientos legales de orden internacional, así como al interior de su propio sistema jurídico.<sup>19</sup>

Adentrándose a los puntos cruciales de la *opinión consultiva* sometida por México, los Estados Unidos, sostienen que, contrariamente a la te-

19 Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16. United States Department of State Office of the Legal Adviser*, 1o. de junio de 1998, p. 53, CIDH/XL, Período Ordinario de Sesiones, 8 al 19 de junio de 1988. En cuanto al Caso sometido por Paraguay contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Véase *International Court of Justice. "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations" (Paraguay v. United States of America). Request for the Indication of Provisional Measures* (9 de abril de 1998: Order). En este Caso, la Corte emitió las medidas provisionales solicitadas por Paraguay, en el sentido de que las autoridades competentes de los Estados Unidos asegurasen el aplazamiento de la ejecución del ciudadano paraguayo, Ángel Roberto Breard Giubi, hasta en tanto la Corte Internacional de Justicia, no se hubiere abocado al fondo del Caso. Sin embargo, los Estados Unidos hicieron caso omiso de dicha petición de la Corte, ejecutando al señor Roberto Breard. A este respecto, véase: "Observaciones y puntos de vista del gobierno de la República del Paraguay con relación a la Opinión Consultiva OC-16, solicitada por México a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos" (286-98/MPP-OEA), *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2, pp. 1-4.

sis del gobierno mexicano, en realidad la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *no crea un derecho para el auxilio o ayuda consular*, sino que más bien lo que consigna es la obligación para el Estado Receptor, de informar al detenido, *si éste lo solicita*, que las autoridades consulares del Estado del nacional, pueden ser *notificadas* (o avisadas) de la detención que se trate.

Si el detenido solicita, se informe a las autoridades consulares de su país (*consular notification*), la asistencia, ayuda o auxilio que se le llegue a prestar, bajo qué condiciones y hasta qué grado, es algo que sólo toca determinar, en forma discrecional, al aparato consular del Estado que envía.

Pero además de ello, la Convención de Viena no está contemplando en forma alguna, según los Estados Unidos, que la obligación de notificación consular, sea un requisito para la debida observancia de los derechos humanos en casos del orden penal.

Las protecciones procedimentales que están previstas en los sistemas jurídicos internos para garantizar un proceso justo (*fair trial*) a los extranjeros detenidos, sea cual fuere su particular nacionalidad, han sido reconocidas de tiempo atrás, por la comunidad internacional, como constituyendo las garantías principales para la protección de los derechos del individuo en todo proceso de orden penal. El derecho a gozar de dichas garantías, no están sujetas en derecho, a la presencia o ausencia de una posible notificación consular, e incluso, lo que es más, no están condicionadas ni siquiera a la existencia o inexistencia del establecimiento formal de relaciones consulares entre dos países.<sup>20</sup>

De conformidad con el *Memorial* sometido por los Estados Unidos, el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, contempla en realidad dos distintos tipos de obligaciones en cuanto a la “notificación” se refiere.

Por un lado, existiría la obligación de informar al nacional extranjero de la opción o facultad para que sean notificados los funcionarios consulares, y por el otro lado, existiría la obligación consistente en notificar a las autoridades consulares competentes, si así fue requerido o solicitado por la persona bajo detención.

De acuerdo con esto, los Estados Unidos, piensan que el punto sometido por México para elucidación de la Corte Interamericana, tiene refe-

20 Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 7-9. “This Court should not accept Mexico’s invitation to obscure the important distinctions between the VCCR, on the one hand and human rights instruments, on the other”, *idem*.

rencia únicamente con el primer tipo jurídico de obligación, esto es, con el relativo a informar al nacional extranjero de la opción que se le ofrece de notificar a las autoridades consulares de su respectiva detención.<sup>21</sup>

El artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, prevé que tanto una notificación como la otra, son obligaciones a cargo del Estado Receptor, que deben llevarse a cabo “sin retraso”, y “sin dilación” (*without delay; sans retard*).

Sin embargo, no existe en el texto de la Convención de Viena de 1963, ninguna definición más específica del término *without delay*, y es por ello, dice Estados Unidos, que el gobierno de México no tiene base alguna para sugerir o suponer, que la famosa “notificación”, deba producirse precisamente al momento del arresto de la persona en cuestión, y antes de que haga cualquier tipo de declaración.

Antes al contrario, según Estados Unidos, cualquier persona arrestado, detenida o en prisión preventiva debe ser informada acerca de su opción de notificación consular dentro de un periodo de *tiempo razonable*, que permita a las autoridades el poder determinar, si el sujeto detenido o arrestado, es en realidad, un nacional extranjero, y completar así las formalidades necesarias.

De hecho, dice Estados Unidos, cuando los Estados han deseado especificar un periodo de tiempo preciso dentro del cual se lleve a cabo el procedimiento de notificación consular, los Estados han celebrado acuerdos o tratados bilaterales a dicho efecto, independientemente del texto de la Convención de Viena.

Pero además, y según esta línea de razonamiento, la posición de México no sería defendible, ya que es evidente que el artículo 36 no especifica la forma (*the manner*) en la cual la notificación a los funcionarios consulares debe llevarse a cabo.

Así, algunos países realizan “la notificación consular”, por medio de una *nota diplomática*, lo cual constituye, casi siempre un procedimiento de mayor formalidad y que supone un mayor tiempo para su ejecución. Frecuentemente se lleva a cabo por correo, por teléfono, por fax, etcétera. Dependiendo entonces del medio de comunicación que se elija, el retraso

21 Véase *Re:Written Observations of the United States in OC-16. cit.*, nota 19, pp. 10 y 11. “The United States makes the assumption both from Mexico’s submission and because the specific cases cited by Mexico appear to have involved a failure to inform the detainee of the right to consular notification, rather than a failure to honor a detainee’s request to notify the relevant consular post”, *ibidem*, p. 11, nota 4.

o celeridad de la notificación recibida por las autoridades consulares, será de un periodo mayor o menor, como puede fácilmente constatarse en la práctica internacional.<sup>22</sup>

En su *Memorial*, Estados Unidos, enfatiza el hecho que la Convención de Viena de 1963 contempla la *notificación* a las autoridades consulares a petición de la persona en detención o bajo arresto, y que *permite* el acceso a los funcionarios del Consulado a la persona en cuestión; pero que de ninguna manera, se establece un verdadero derecho substantivo de una presunta *asistencia* consular que pudiera considerarse como un derecho detentado legalmente por la persona o el individuo bajo arresto o en detención.

En suma, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, no crea un *derecho* de ayuda o asistencia consular, en estricto sentido, como tampoco cambia los elementos esenciales de los sistemas jurídicos penales de los Estados receptores. En realidad, dice Estados Unidos, lo único que en verdad se encuentra en la Convención de 1963, es el intento de asegurar que los funcionarios consulares lleguen a estar enterados de las detenciones de sus nacionales, siempre y cuando las personas detenidas, así lo deseen; de suerte tal que los mencionados funcionarios puedan entonces actuar en la forma en que lo consideren más apropiada, pero siempre en consonancia con los sistema jurídicos internos de los Estados receptores.<sup>23</sup>

Los Estados Unidos, una y otra vez, insisten, en que sin restar la importancia debida a la “notificación consular”, no existe en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ni en ningún otro instrumento relevante relativo a los derecho humanos, un sustento válido al alegato por parte de México en el sentido que la notificación consular del artículo 36, pudiera ser tomada como un requisito previo para la fiel observancia y protección de los derechos humanos, ni tampoco como una disposición que pudiera dar lugar a algún tipo de reparación judicial.<sup>24</sup>

22 Véase, *ibidem*, pp. 13-15.

23 Véase, *ibidem*, pp. 15-20. Para los Estados Unidos no cabe duda que ni el texto mismo de la Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ni la historia misma de su negociación, ni la práctica de los Estados en este ámbito, pueden aducirse como mínimo sustento de la existencia de un “...right to consular assistance. On no basis, therefore, could this Court find that consular assistance is a human right, in any context”, *ibidem*, p. 18.

24 México y los Estados Unidos adoptaron en mayo de 1996, un *Memorandum de Entendimiento* sobre Protección Consular de nacionales de ambos países, en el cual se contempla más detalladamente la obligación de la “notificación consular”. Este Memorandum de 1996, que *no es un instrumento jurídico vinculante*, es mencionado por el gobierno norteamericano, como una prueba más

De igual forma, el gobierno estadounidense reafirmará que los derechos y el acceso, derivados de la notificación consular, son primaria y fundamentalmente derechos y obligaciones de los Estados y no de los individuos en cuanto tales.

Es cierto, que estos derechos están entendidos como derechos que pueden beneficiar a los individuos al permitir o facultar, pero no obligar, a los Estados a ofrecer una asistencia de tipo consular, pero ellos no son, dice Estados Unidos, derechos humanos individuales, que pudieran considerarse como inherentes a los individuos, independientemente de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados soberanos. "*They cannot in any way appropriately be characterized as human rights*".<sup>25</sup>

#### IV. LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

De acuerdo al gobierno norteamericano el sistema de justicia penal que rige en dicho país, otorga un efecto pleno a las importantes protecciones para que se tenga un juicio imparcial, y demás garantías invocadas por México.

Estas garantías y procedimientos no están subordinados en forma alguna, a la eventual notificación consular, al acceso a la misma o al posible auxilio, socorro o protección de las misiones consulares.

de su determinación para instrumentar el artículo 36 de la CVRC, la mejor y más eficiente forma posible (*sic*). Véase "VCCR Remedies and Enforcement", *Procedimiento Consultivo OC-16*, pp. 20-25.

<sup>25</sup> Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, p. 26. Pero además Estados Unidos no acepta que se hable —menos aún—, de la "notificación consular", como un derecho humano fundamental, esencial o básico, como lo caracteriza el gobierno mexicano. Para los Estados Unidos, no existiría una diferenciación o jerarquía entre los derechos humanos, por la cual unos privilegiarían de una mayor protección o *status* especial. En sentido contrario, véase la opinión disidente del juez mexicano Padilla Nervo, Luis, en "Affaires du Sud-Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud/Liberoa c. Afrique du Sud)". Deuxième phase. Arrêt du 18 Juillet 1966, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1966, pp. 441-471. Igualmente el ya célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la *Barcelona Traction*: "...Una distinción esencial debe en particular ser establecida entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, y aquellas que nacen *vis-à-vis* otro Estado... Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, todos los Estados pueden ser considerados como poseyendo un interés jurídico en que dichos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata, son obligaciones *erga omnes*", Véase *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Nouvelle Requête*: 1962 (Belgique c. Espagne), Deuxième Phase, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1979, p. 32, párrafo 33.

Así, y entre las protecciones jurídicas más importantes estipuladas por la Constitución de los Estados Unidos, estarían las siguientes:

1) Toda persona demandada por supuestos delitos del orden penal, tiene garantizado su derecho al debido proceso legal, bajo la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución Federal (*Delaware v. Van Arsdall* 475 U.S. 673, 1986).

2) La Quinta y Decimocuarta Enmiendas, garantizan también el que ninguna persona estará sujeta a discriminación alguna por autoridades federales o estatales, basados en su raza, género, etnia u origen nacional (*Craig v. Boren*. 429. U.S. 190, 1976).

3) De conformidad con la Quinta Enmienda, las autoridades, federales o estatales, deben informar a las personas detenidas de su derecho o no a declarar contra sí mismos en ninguna causa criminal (*The right to remain silent*). Este derecho, sostiene el *Memorial* estadounidense, impide a las autoridades de incriminar a una persona a través de sus propias declaraciones, a menos que el individuo mismo haya renunciado a este derecho constitucional *knowingly and intelligently*. Sin embargo, el renunciar a esta concesión o privilegio constitucional, no se considerará que ha sido con conocimiento de causa, si la persona detenida no comprende sus propios derechos, ya sea por dificultades del idioma, o por otra serie cualquiera de razones (*Miranda v. Arizona*, 384, U.S. 436, 1966).

4) De conformidad con la Sexta Enmienda, en todas las causas criminales el acusado goza del derecho de ser juzgado rápida y públicamente por un jurado imparcial; a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación; a que se confronte su declaración con el testimonio de los testigos que contra él declaren; a tener la asistencia de un abogado para su defensa, a costa del erario público, cuando el presunto responsable, carezca de los medios para ello (*County of Riverside v. Mc. Laughlin*, 500 U.S., 44, 1991).

5) De particular importancia para algunas personas con nacionalidad extranjera, resulta el hecho de que los tribunales de los Estados Unidos, han interpretado la Quinta y Sexta Enmiendas, como disposiciones que abarcan el derecho de ser asistidas por un intérprete, en aquellos casos en que el detenido, no comprenda el idioma inglés (*U.S. v. Martínez*, 616 F. 2d. 185, 5th. Cir. 1980).

6) La cláusula *ex post facto*, contemplada en el artículo 1o., sección 9 de la Constitución de los Estados Unidos, impide un incremento retroactivo en las sanciones penales en las causas criminales. La operación de esta

cláusula, prohíbe al gobierno el imponer una penalidad (incluyendo la pena de muerte) a una persona por un delito cometido, que el tiempo de su comisión no tenía contemplado la sanción o castigo mencionado.

7) La pena de muerte está permitida en los Estados Unidos, pero sujeta a procesos muy rigurosos, y en donde existe una larga serie de apelaciones y recursos legales, de acuerdo al sistema judicial estadounidense.

En el ámbito federal, únicamente los crímenes excepcionales están sancionados con la pena capital (*aggravated murder*).

En el ámbito local, cada uno de los Estados miembros de la Federación, posee su propia legislación criminal, pero ésta no debe contravenir el pacto federal. Este control constitucional opera en forma *cuasi* automática, ya que la Suprema Corte tiene el deber de reexaminar las penas de muerte antes de su ejecución.

Este *automatic review* de la sentencia por el más alto tribunal del Estado, sirve como salvaguarda en contra de la posibilidad de que la pena capital pudiera ser impuesta en forma caprichosa, arbitraria o desproporcionada.<sup>26</sup>

México ha sostenido —dice el *Memorial* norteamericano—, la posibilidad de que el debido proceso legal y las garantías constitucionales afines, no lleguen a ser observadas en causas criminales en donde sean personas de nacionalidad mexicana las que se encuentren involucradas, en aquellas hipótesis en que no ha existido la “notificación consular” respectiva.

Según los Estados Unidos, sería innecesario e ilógico, el crear una presunción universal en el sentido que, de no mediar notificación consular, se debería entonces invalidar todo procedimiento penal consiguiente.

Una presunción de tal naturaleza, estaría diametralmente opuesta a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y a la práctica de los Estados, las cuales no vinculan la notificación consular al procedimiento de orden criminal que se esté siguiendo.

México está confundiendo y distorsionando la naturaleza real de las cosas —dice el gobierno estadounidense—, al estar pidiendo a la Corte Interamericana, el que considere la falta de “notificación consular”, como, siendo equiparable, a una violación de los derechos que se desprenden del debido proceso legal y las garantías constitucionales *per se*.

En opinión del gobierno estadounidense, no existe base alguna para avanzar tal tipo de alegatos, ya que por lo demás, la cuestión de saber si

26 Véase *Re-Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 33-36.

uno o varios derechos fundamentales fueron violados en el curso de un juicio o proceso criminal, no pueden ser examinados más que en forma casuística, esto es, examinando cada caso concreto con todas y cada una de sus complejidades y particularidades.

El hecho que, en uno o varios casos particulares, se llegare a demostrar que el auxilio consular hubiere sido un recurso eficaz o valioso, no transforma la notificación en cuestión, en un verdadero “derecho humano”, cuya ausencia pudiera dar derecho a invalidar una sentencia condenatoria. Esta conclusión, según el *Memorial* de Estados Unidos, se desprende del texto mismo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de las negociaciones previas a ésta y de sus *travaux préparatoires*, así como de la práctica de los Estados.<sup>27</sup>

Si se siguiera el razonamiento aducido por el gobierno mexicano, en el sentido antes visto, tendría entonces que desprenderse —según Estados Unidos—, el hecho insólito de que la ausencia de “notificación consular”, podría invocarse como una eventual causa de nulidad de todo proceso de orden penal, en el que potencialmente pudiera resultar una sentencia de prisión de cierta consideración y gravedad; no limitándose, por lo tanto, a los solos casos en que se contemplase la pena de muerte.

Una conclusión como la anterior no tiene base o cimiento alguno en derecho internacional, ni fundamento lógico o moral —afirman los Estados Unidos—, además de que ello provocaría una terrible confusión para muchos de los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.<sup>28</sup>

27 Véase *ibidem*, pp. 33-43. La pena capital sostienen los Estados Unidos, no está prohibida por el derecho consuetudinario internacional, ni por ningún acuerdo, tratado o convención de los que sean parte los Estados Unidos. Además de ello, el gobierno estadounidense se refiere a la Resolución del 3 de abril de 1998 de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, por la que se hace un llamado a los Estados que imponen la pena de muerte a declarar una moratoria en la ejecución de la misma. El hecho que haya sido aprobada por 26 votos a favor, 13 en contra y 12 abstenciones, refleja claramente la diversidad de opiniones que tiene la comunidad internacional acerca de la pena capital. A todo lo largo de su Memorial, los Estados Unidos rechazan todo intento de querer ver en la ausencia de “notificación consular” la infracción a un derecho humano que invalidaría un proceso “...Simply put the fact that consular authorities may be able to provide useful assistance to defendants in certain cases, is neither sufficient nor persuasive reason to declare that consular notification is a universal prerequisite to the observance of human rights, or to a valid criminal conviction”, *ibidem*, p. 42.

28 *Ibidem*, p. 49. “An Opinion of the Court calling for invalidation of convictions not preceded by consular notification would have significant implications for OAS Member States”, *ibidem*, nota 29.

Por otro lado, y respecto al alegato mexicano, que hace referencia a los “derechos de no-discriminación” y “de igualdad frente a la ley”, el gobierno estadounidense sostiene que hay que dejar muy en claro que la “notificación consular”, por su naturaleza misma, se produce únicamente en relación con las personas que no son ciudadanas del Estado receptor.

De acuerdo a lo anterior, la pretendida discriminación en relación a la notificación consular *per se*, única y exclusivamente podría tener algún sentido, en el supuesto caso de que, un gobierno en forma constante y deliberada, informara de la posibilidad del auxilio consular, a personas de cierta nacionalidad, y omitiera esta misma información respecto de personas de una distinta nacionalidad.

Sin embargo, y si se miran las cosas con más detenimiento, bien podría darse el caso de una cierta “discriminación”, en aquellos casos en que no existan relaciones consulares entre dos Estados, ya que personas detenidas bajo esta hipótesis no tendrían por que ser informadas del derecho a un eventual auxilio consular, dado que el derecho internacional consuetudinario no impone tal tipo de obligación a los Estados. Esta obligación emanará únicamente de los acuerdos o tratados entre los países: “...*international law does not require consular notification where there are no consular relations*”.<sup>29</sup>

En el capítulo de *Conclusiones*, el gobierno de los Estados Unidos, pedirá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en Decisión acerca de la Opinión Consultiva sometida por México, concluya de la manera siguiente:

1. Que el requerimiento de la notificación consular del artículo 36, es una obligación jurídica importante, y que todos los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben realizar su mayor esfuerzo para mejorar su debido cumplimiento.

2. La notificación consular no es un “derecho humano” en cuanto tal, sino más bien un deber de los Estados que han establecido relaciones consulares con otros Estados soberanos; deber éste que está encaminado a beneficiar tanto a los individuos, como a los Estados mismos.

<sup>29</sup> Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, p. 50, párrafo 2. “While it is recognized that special measures in some cases may be appropriate to ensure the adequate and effective enjoyment of human rights, this is highly case —and fact— specific... Ultimately the suggestion that foreign nationals merit special rights is itself contrary to the principles of non discriminatory and equality”, *ibidem*, pp. 51 y 52, párrafo 3.

3. La notificación consular no implica en sí misma, *un derecho a*, ni tampoco exige un determinado nivel de asistencia consular.

4. En aquellas hipótesis, en que existan relaciones consulares oficiales entre Estados, la notificación consular puede, sin embargo, resultar en una asistencia consular que puede ayudar a la persona extranjera que está sometida a un juicio penal del Estado receptor.

5. La esencia de los derechos y protecciones individuales aplicables a las causas criminales, es aquella que queda expresada y plasmada en la Declaración Americana, en la Carta de la OEA y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Todas las personas tienen el derecho a un justo proceso penal, independientemente de la penalidad que puede ser impuesta; a los extranjeros debe serles acordado un trato igual, no importando a este efecto, si recibieron o no recibieron, una notificación consular.

7. La omisión por parte del Estado receptor, de informar a una persona extranjera, del hecho de que las autoridades consulares pueden ser notificadas de su detención, puede sin duda, resultar en la adopción de medidas diplomáticas que busquen remediar dicha omisión y mejorar su cumplimiento.

De todas formas y en cualquier hipótesis, el remedio apropiado por una falta de notificación, puede solamente ser evaluado, con base en cada caso en particular, a la luz de la práctica actual de los Estados, y en el contexto de las relaciones consulares que se tengan entre los Estados concernientes.<sup>30</sup>

30 Véase *ibidem*, pp. 52 y 53. En la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana, el gobierno estadounidense enfatizaría una y otra vez, el establecimiento de relaciones consulares como fundamento y base *sine qua non* del derecho a la notificación consular. "...The right to consular notification set forth in the Convention is a right of an unusual character. It has two elements: the right of the individual to be advised of the possibility of consular notification, and the obligation to notify a consular official if requested. It comes into operation, only when the sending State has a right to perform consular functions. It depends entirely on the existence of a bilateral consular relationship. If the relationship does not exist, there is no individual right to consular notification". Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998*, nota 3 (Intervención del señor Ion Crook, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs in the Department of State, p. 70).

Por el contrario para el señor embajador Héctor Gross Espiell, actuando como *amicus curiae* ante la Corte, el artículo 36 de la Convención de Viena, opera por sí, sin que sea necesario el probar perjuicio, ni daño, debiendo caracterizarse como una norma relativa a la protección de los derechos humanos. "...La violación del artículo 36 y la consiguiente responsabilidad del Estado, según el derecho internacional consuetudinario..., se genera por haber conculcado una norma de derecho internacional, por una omisión de cumplimiento de una obligación resultante de un tratado en vigencia del que ese Estado es parte, violación que se produce ipso jure, per se; por la sola configuración de la omi-

V. CASO CONCERNIENTE A LA CONVENCION DE VIENA  
SOBRE RELACIONES CONSULARES ENTRE PARAGUAY  
Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, SOMETIDO  
A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1998)

La República de Paraguay, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 (1) del Estatuto de la Corte, y el artículo 38 de su Reglamento, sometió una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, en contra del gobierno de los Estados Unidos de América por supuesta violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24 de abril de 1963).

En el año de 1992, las autoridades del Estado de Virginia, detuvieron y metieron a prisión al señor Ángel Francisco Breard, ciudadano de nacionalidad paraguaya.

Un Tribunal del Condado de Arlington, Estado de Virginia, procesó, condenó y sentenció a muerte al señor Ángel F. Breard, sin que nunca le hubiera sido comunicado al detenido su derecho al auxilio consular, y tampoco se le hubiere notificado a los funcionarios del Consulado de Paraguay de la detención y proceso del señor Breard, de conformidad a lo exigido por la Convención de Viena en su artículo 36, ordinal 1, inciso b.<sup>31</sup>

El gobierno del Paraguay sostuvo que la falta de una fiel observancia por parte del Estado receptor a la norma contenida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, específicamente el artículo 36, 1, b, hacía nugatorio el derecho del detenido extranjero a un debido proceso.

Este derecho se agrava —dice Paraguay—, cuando el extranjero se encuentra bajo una acusación por delitos sancionables con la pena capital, pues la aplicación de la misma, produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial, y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado.

El incumplimiento de dicha disposición, configura una clara violación de las garantías procesales que el derecho internacional de los derechos humanos, confiere a favor de todo extranjero, detenido, arrestado o puesto en prisión preventiva.

sión...". Véase Texto oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998*, cit., nota 3, p. 135, párrafo 6.

31 Véase "Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States)", *Provisional Measures, Dispositif*, Order of April 9, 1998 (<http://www.I.C.J.-C.J.J.ORG>). La jurisdicción de la Corte se fundamentaría en el artículo 1o. del Protocolo Opcional relativo a la Solución de Controversias, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El Estado de Paraguay, habiéndose enterado por otros medios, a principios de 1996, del estado y situación del detenido, se abocó al agotamiento de todos y cada uno de los recursos procesales en la jurisdicción interna del Estado receptor, fundamentando su actuación como una defensa a los derechos y garantías judiciales, e igualdad ante la Ley del nacional condenado. Todos los esfuerzos del Paraguay para que se anulara el proceso, fueron infructuosos.

Por lo tanto la República de Paraguay, solicitaba a la Corte de La Haya, que fallara en consecuencia, declarando que los Estados Unidos debían de acordar una *restitutio in integrum*, y que dicho país estaba bajo la obligación jurídico-internacional, de abstenerse de aplicar la doctrina del *procedural default*, o cualquier otra doctrina de derecho interno, que precluyera, en un sentido u otro, el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 36 de la Convención de Viena.<sup>32</sup>

Por otro lado, el gobierno de Paraguay, paralelamente a la demanda principal incoada ante la Corte Internacional de Justicia, solicitó de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte, y los artículos 73, 74 y 75 de su Reglamento, la indicación urgente de “medidas provisionales” para resguardar los derechos del Estado de Paraguay, de tal suerte que el Estado de Virginia pospusiera la ejecución del señor Breard, en tanto no se dictara una sentencia definitiva por parte de la Corte de La Haya.<sup>33</sup>

Así las cosas, el 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia omitiría en forma unánime, una *Providencia* ordenando la indicación de “medidas provisionales”, en el sentido que los Estados Unidos deberían de tomar todas las medidas puestas a su alcance, para asegurarse que el señor Ángel Francisco Breard, no fuese ejecutado, en tanto no existiera una decisión final sobre el fondo del Caso, debiendo informar a la Corte de todos los pasos que se vayan tomando, para la debida instrumentación de la presente Providencia.

32 Véase *ibidem*, numeral 25, incisos 1, 2, 3 y 4. “Applying this doctrine (‘procedural default’), the Court decided that, because Mr. Breard had not asserted his rights under the Vienna Convention in his previous legal proceedings, he could not assert them in the federal habeas proceeding. This municipal law doctrine was held to bar such relief even though Mr. Breard... was unaware of his rights precisely because the local authorities failed to comply with their obligations under the Convention promptly to inform him of those rights”, *ibidem*, núm. 13.

33 Véase “Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Paraguay”, abril de 1998, *cit.*

La Corte, siguiendo su propia jurisprudencia recordaría que la indicación de “medidas provisionales”, no prejuzga en nada ninguna cuestión relativa al fondo del asunto.<sup>34</sup>

#### VI. APRECIACIÓN CRÍTICA. ACTUACIÓN CONTRADICTORIA DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO

Ante la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, ordenando la indicación de “medidas provisionales”, podemos decir que los Estados Unidos adoptaron una actitud deliberadamente ambigua y con directivas encontradas.

El único paso tomado realmente por el gobierno norteamericano fue el envío de una misiva (el 13 de abril de 1998) por parte de la Secretaría del Departamento de Estado dirigida al gobernador de Virginia, y en la cual se le comunicaba, que no obstante los esfuerzos del consejero estadounidense ante la Corte de La Haya, en el sentido que Estados Unidos insistía en que la *consular notification* no hubiera cambiado en nada el resultado del proceso contra el señor Breard, y que de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se desprendía en absoluto la revocación o anulación del proceso criminal, por omisión de la notificación consular, no obstante ello, la Corte de La Haya había solicitado la suspensión de la sentencia de pena capital, a través —dice la misiva—, de la utilización de un lenguaje no vinculante (*Using non-binding language*).<sup>35</sup>

Es con la mayor renuencia (*great reluctance*) dice M. Albright, que estoy solicitando esta diferición de la ejecución, pero como secretaria del Departamento de Estado, tengo la responsabilidad de tener en mente la seguridad de nuestros connacionales en el extranjero.

En este sentido, continúa la misiva, estoy particularmente preocupada por las posible consecuencias negativas que pudiera conllevar la ejecu-

34 Véase “Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States)”, *cit.*, nota 31. El estado de Virginia no hará caso alguno de la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, y el señor Ángel Francisco Breard, fue ejecutado en la fecha prevista, esto es, el 14 de abril de 1998.

Si bien la Providencia de la Corte dictando medidas provisionales fue adoptada a la unanimidad, sin embargo, los jueces Stephen M. Schwabel, Shigeru Oda y el juez Koroma, anexaron “Declaraciones” a la Providencia de la Corte, puntualizando su particular punto de vista acerca de las medidas precautorias.

35 Véase *Letter from Madeleine K. Albright, U.S. Secretary of State, to James S. Gilmore III, Governor of Virginia (April 13, 1998)*, *International Legal Materials*, vol. XXXVII, mayo de 1998.

ción del señor Breard en estos momentos. Consecuencias negativas que podrían incidir en muchos de los ciudadanos estadounidenses que viajan o viven en el extranjero. De no tomar en cuenta la Providencia de la Corte, podría llevar a pensar por parte de algunos Estados, que los Estados Unidos no toman en serio las obligaciones derivadas de la Convención y del derecho internacional, lo cual podría a su vez limitar nuestras facultades para proteger debidamente a nuestros connacionales en el extranjero.<sup>36</sup>

### *Amicus brief*

Por otro lado, los Departamentos de Estado y de Justicia de los Estados Unidos, introducirían un escrito ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, urgiendo a ésta la denegación de un “auto de avocación” (*writ of certiorari*) y de oposición de la ejecución de la sentencia en el Caso Breard.<sup>37</sup>

De este “escrito” ante la Suprema Corte, es importante destacar, primero, que en él se dice, que respecto a una *Providencia* de la Corte Internacional de Justicia, indicando “medidas provisionales”, hay un desacuerdo substancial entre los juristas en el sentido de considerarlo como siendo o no siendo obligatorio, pero que con todo, la posición prevaleciente —siempre según este escrito—, es la de que dichas providencias no tienen carácter obligatorio.

De acuerdo a lo anterior y si se lee con cuidado el artículo 41, párrafos 1 y 2 del Estatuto de la Corte, se advierte un lenguaje más bien permisivo, que la utilización de un lenguaje más bien vinculativo. La Corte tendrá facultad para indicar las “medidas provisionales” que deban tomarse (*ought to be taken*), y añadiendo más adelante que: “Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas” (*...notice of the measures suggested...*).

Todo esto deja indicar, que la Corte, está *sugiriendo* una determinada acción, pero que en realidad, no la está *exigiendo*, desde un punto de vista estrictamente jurídico.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Véase *idem*, “As Secretary of State, however, I have a responsibility to bear in mind the safety of Americans overseas”.

<sup>37</sup> Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard v. Greene*, 118 S. Ct. 1352 (1998), N. 97-1390; 97-8214.

<sup>38</sup> Véase *ibidem*, pp. 49-51. “The use of precatory language (‘indicate’; ‘ought to be taken’; ‘suggested’) instead of atstronger language (e. g. the I.C.J. may ‘order’ provisional measures that ‘shall’ be taken) strongly supports a conclusion that ICJ provisional measures are not binding on the parties”, *idem*.

Pero además de los anteriores argumentos, en este *amicus brief* sometido a la Suprema Corte, se sostiene que incluso si se examina con detalle la Providencia de la Corte de la Haya, ésta sólo está solicitando que se tomen todas las medidas necesarias que estén a la disposición del Estado en cuestión, para que el señor Breard no sea ejecutado, antes de mediar una sentencia definitiva por parte de la Corte Internacional de Justicia.

En cualquier hipótesis, las medidas que el gobierno de los Estados Unidos, pueden llegar a adoptar, es una cuestión de derecho interno, por ejemplo una cuestión del derecho doméstico norteamericano, y el sistema federal de éste, impone límites a las facultades gubernamentales de orden federal, para interferir con los sistemas penales de los Estados federales.

De conformidad al sistema constitucional estadounidense, en el presente caso, todo lo que puede hacer el Ejecutivo Federal, es tomar una medida de “persuasión”, como la adoptada en la misiva de la Secretaría del Departamento de Estado, pero nunca una medida de carácter compulsivo.<sup>39</sup>

Con fecha 14 de abril de 1998, la Suprema Corte de los Estados Unidos, por una votación de 6 a favor y 3 en contra, denegó la petición de *habeas corpus*, y las peticiones de *certiorari*. La Suprema Corte, en forma harto extraña, sostuvo que las reglas procedimentales del Estado del foro, gobiernan la instrumentación de un tratado en cada Estado en particular, a menos que el mismo tratado prescriba algo distinto: *In the Court's reading of the Vienna Convention, no such contrary intention could be discerned.*<sup>40</sup>

## VII. RESPUESTA DEL GOBERNADOR DE VIRGINIA

Así las cosas, no será nada sorprendente que el gobernador del Estado de Virginia, se sintiera no solamente libre de actuar como le fuere su real parecer, sino que incluso, pareciera verse alentado en llevar a cabo la ejecución de la pena de muerte contra el señor Breard, en la fecha previamente determinada por el Tribunal del Condado de Arlington.

39 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae, cit.*, nota 37, pp. 49-51.

40 Véase *Breard v. Greene*, 118 S. Ct. 1352, 1354 (1998): “Even were Breard's Vienna Convention claim properly raised and proven, it is extremely doubtful that the violation should result in the overturning of a final judgement of conviction without some showing that the violation had an affect on the trial”, *ibidem*, ordinal 1355.

En una Declaración de fecha 14 de abril de 1998, el gobernador de Virginia sostuvo que como gobernador que era, su primera y más alta obligación residía en asegurar a los habitantes de su Estado, tanto como fuere posible, el que pudiesen llevar una vida libre del temor del crimen, y que le preocupaba que la Corte Internacional de Justicia estuviera llevando a cabo una “revisión” del Caso *Breard*, ya que esto tendría el efecto práctico, de transferir la responsabilidad que poseen los tribunales de la Confederación de los Estados Unidos, a una instancia internacional.<sup>41</sup>

### VIII. OBLIGATORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS DE LA CORTE

Hay que dejar bien claro que, contrariamente a lo manifestado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, toda Providencia (*order/Ordonnance*) emitida por la Corte Internacional de Justicia, posee carácter obligatorio, y esto de conformidad con la doctrina más autorizada y con la jurisprudencia internacional más relevante.

La obligatoriedad de una Providencia en indicación de “medidas provisionales”, quedó definida desde la jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional.

A este respecto cabe recordar el “Caso de la Compañía de Electricidad de Sofía o Bulgaria (1939)”, en donde la Corte Permanente sostuvo que la disposición concerniente a la facultad de indicar medidas provisionales, derivaba de un principio universalmente admitido ante las jurisdicciones internacionales, y según el cual, las partes en una controversia deben de abstenerse de toda medida susceptible de tener una repercusión perjudicial en la ejecución de la decisión que vaya a ser dictada, y en general, de no permitir ningún acto, de la naturaleza que fuere, “y que sea susceptible de agravar o ampliar el diferendo”.<sup>42</sup>

41 Véase *Commonwealth of Virginia; Office of the Governor. Press Office. Statement by Governor Jim Gilmore concerning the Execution of Angel Breard* (april 14, 1998). *ILM, op. cit.*, pp. 670 y 671: “...Should the International Court of Justice, resolve this matter in Paraguay’s favor, it would be difficult, having delayed the execution so that the International Court could consider the case, to them carry out the jury’s sentence despite the rulings of the International Court”, *ibidem*.

42 Véase *CPJI Compagnie d’Electricité de Sofia et de Bulgarie (Mesures Conservatoires). Ordonnance du 5 Décembre 1939. Fascicule 79. Série A/B, Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs*, pp. 191-200. En cuanto a la doctrina el estudio emprendido por el doctor M. H. Mendelson, es uno de los mejores y más detallados análisis sobre el problema: Mendelson, M. H., “Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, *British Year Book of International Law, 1972-1973*, XLVL, 1975, pp. 259-323. En una de sus conclusiones, el doctor M. H. Mendelson, asienta: “There are

El eminente profesor estadounidense Louis Henkin, al comentar el caso específico entre “Paraguay y los Estados Unidos” y la Providencia dictada por la Corte Internacional de Justicia a este efecto, no tiene la menor duda en sostener, que el mandamiento de la Corte era jurídicamente vinculante para los Estados Unidos.

La Providencia dictada por la Corte de la Haya, el 9 de abril de 1998, exigía de los Estados Unidos, como un punto de derecho internacional, el adoptar las medidas provisionales indicadas por la Corte.

La obligación internacional para los Estados Unidos, se desprende del Estatuto de la Corte Internacional, el cual tiene la naturaleza de ser un tratado internacional, celebrado por el Ejecutivo Federal, en consulta y con consentimiento del Senado (artículo II, sección 2, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos, 1789).

De acuerdo al derecho internacional y de acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, sostiene Louis Henkin, la Providencia de la Corte posee el mismo carácter y *status*, que cualquier otra obligación emanada de un tratado estadounidense, como en efecto lo es el Estatuto de la Corte, subyacente éste a la obligatoriedad de la Providencia mencionada.<sup>43</sup>

Pero si vamos a llamar las cosas por su nombre, el gobierno norteamericano no sólo no dio todos los pasos adecuados para lograr la suspensión de la ejecución, sino, antes al contrario, promovió medidas absolutamente contrarias a lo que la Corte le requería.

El abogado general (*solicitor general*) de los Estados Unidos, en conjunción con el consultor jurídico del Departamento de Estado, sometieron el “escrito”, analizado anteriormente, ante la Suprema Corte de su país, con el increíble argumento, de que en su opinión la Suprema Corte no estaba de ninguna manera obligada por la Providencia del Tribunal Internacional en sentido de posponer la sentencia de pena de muerte.

En pocas palabras, no solo no adoptaron las medidas provisionales necesarias para dar cumplimiento a la Providencia del 9 de abril de 1998, sino que se aseguraron de tomar las medidas necesarias para ayudar a que la pena de muerte se llevara a cabo. Se infringe y se viola el derecho in-

‘degrees’ of urgency, of seriousness of anticipated harm, and so on... If the surrounding circumstances militate very strongly in favor of indicating interim measures, the Court would be justified in granting them, even if the objections to jurisdiction seem very strong indeed (though not of course, if they are ‘manifestly’ well founded”, *ibidem*, p. 321.

43. Véase Henkin, Louis. “Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 679-683.

ternacional sin tapujo alguno, no una, ni dos, sino varias veces. ¡El desprecio absoluto por el derecho internacional vuelve a tener patente de corso!<sup>44</sup>

Por otro lado, y como ya advertíamos, la Carta de las Naciones Unidas es simple y sencillamente un Tratado —para todo efecto—, ratificado por los Estados Unidos, y teniendo a la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de la Organización de Naciones Unidas (artículo 1o. del Estatuto).

Siendo la Carta de la ONU un Tratado, es entonces “Ley suprema del país” (artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de 1787), y sus disposiciones autoejecutivas son parte integrante del derecho interno estadounidense, al igual y al mismo nivel que las leyes emanadas del Congreso.

En los términos que convirtieron el Caso del *Paquete Habana* (1900) en el *leading case* concerniente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno de los Estados Unidos, la Suprema Corte declaró:

El derecho internacional es parte integrante de nuestro derecho, y debe ser determinado y dispensado por los tribunales de justicia de la jurisdicción apropiada, siempre y cuando existan cuestiones sobre derechos que dependan de él y que sean debidamente presentados para su calificación: para este propósito, cuando no exista un tratado, y no haya un decreto ejecutivo o legislativo de control, o una decisión judicial, debe entonces recurrirse a las costumbres y usos de las naciones civilizadas.<sup>45</sup>

En la importante causa *United States v. Belmont* (1937), los Estados Unidos presentaron una reclamación contra un banquero de Nueva York, de nombre August Belmont, con el propósito de recuperar una suma de

44 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Beard v. Greene, cit.*, nota 37, *cfr. Sanitary Dist v. United States*, 262 U.S. 405; 425-426 (1925). “U.S. may bring bill in equity to enjoin action by state agency in order, *inter alia*, to carry out U.S. treaty obligation”, citado por Henkin, Louis, *cit.*, nota 43, p. 681, nota 8.

45 Véase, Glennon, J. Michael, *Constitutional Diplomacy* (foreword by J. William Fulbright), Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990. Chapter Seven, pp. 229-282. El problema nodal que se plantea el profesor M. Glennon en este capítulo es el siguiente: “...As a matter of domestic law, is the president prohibited from violating principles of customary international law?”, *ibidem*, p. 230.

Véase, *The Paquete Habana, The Lola*, United States Supreme Court, 1900 (175 U.S. 677) en Briggs, W. Herbert, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1938, pp. 31-34.

dinero que había sido depositada por una Compañía Rusa antes de la Revolución.

El gobierno soviético había expropiado todos los activos (*Petrograd Metal Works*), incluyendo la cuenta en depósito en el banco de Nueva York. Los Estados Unidos argumentaban que se estaban basando en el hecho de que, de acuerdo al decreto soviético, todos los activos de la Compañía pasaban a ser propiedad del gobierno norteamericano de acuerdo a la llamada Cesión Litvinov (*Litvinov Assignment*).

El demandado sostenía que el decreto soviético no podía ser aplicado en Nueva York, porque ello supondría un acto de confiscación contrario a las leyes neoyorkinas.

La Suprema Corte rechazaría esta línea argumentativa, y como lo expresaría el *justice* Sutherland, aunque la regla de supremacía sobre la ley estatal respecto de:

...los tratados es contemplada en forma precisa por la cláusula 2, artículo VI, de la Constitución, la misma regla resultaría aplicable en el caso de todos y cada uno de los pactos y convenios internacionales por el hecho mismo de que todo el poder sobre los asuntos internacionales corresponde ejercerlo al gobierno de la Nación, y *no está, ni puede estar sujeto a ninguna forma de disminución o injerencia alguna por parte de los distintos estados*.<sup>46</sup>

En la Causa *United States v. Pink* (1942), la Suprema Corte reiteró la regla impuesta en *Belmont*, y puede decirse, que incluso lo hizo con un mayor rigor.

Así, la Suprema Corte sostuvo que un tratado era una *ley de la nación* según la cláusula de la supremacía de la Constitución de 1787. La *Litvinov Assignment*, debía por lo tanto invalidar la política estatal que se abstiene de aplicar los decretos confiscatorios pronunciados por el tribunal de Nueva York.

El *justice* Douglas asentó con toda precisión que: “La ley o derecho estatal, deben replegarse, cuando éstas no son compatibles, o son antagó-

46 Véase *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 57 S. Ct. 758, 81 L. Ed., 1134 (1937) (cursivas nuestras), en Noyes E., John y Janis W., Mark, *Cases and Commentary on International Law*, (American Casebook Series) St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1997, pp. 162-165. “As a result of cases like *Belmont*, the term ‘treaty’ really has two meanings in the U.S. Constitution. First, there is the ‘treaty’ in Article II (2) that requires the ‘advice and consent’ of the Senate. Second, there is the ‘treaty’ in Article VI (2) that, along with the Constitution and U.S. law, is given supremacy”. *Ibidem*, p. 165, nota 2.

nicas, con la política o disposición de... un pacto o convenio internacional”.<sup>47</sup>

Con toda razón, el internacionalista Louis Henkin, considera que detrás del terrible drama del Caso *Breard*, se puede divisar una forma de incertidumbre, de terreno resbaladizo, e incluso una posible ignorancia acerca de las obligaciones del estado de Virginia, dentro del contexto de las obligaciones de los Estados Unidos como Estado soberano.

Tal parece que es necesario llamar la atención y recordarles, incluso después de doscientos años, que los tratados celebrados por los Estados Unidos, continúan siendo ley suprema del país, y que poseen fuerza jurídica, *vis-à-vis* los estados de la Unión, por disposición expresa de la Constitución de los Estados Unidos.

Por último, dice Louis Henkin, no deja de ser lamentable, la negativa a posponer la ejecución de la pena capital en el Caso *Breard*, va a interpretarse inexorablemente por muchos países, como una burla, como una mofa más de los Estados Unidos hacia los mandamientos, autos y providencias de la Corte Internacional de Justicia.<sup>48</sup>

47 Véase *United States v. Pink*, Supreme Court of the United States (1942) 315 U.S. 203, en Green, L. C., *International Law through the Cases*, 13a. ed. (The London Institute of World Affairs), Londres, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 48-53. El siguiente pasaje no necesita de mayor glosa: “...There are limitations on the sovereignty of the States. No Statee can rewrite our foreign policy to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is rested in the national Government exclusively. It need not be so exercised as to conform to state laws or state policies...”, *ibidem*, p. 53.

Véase Weston H., Burns, Falk, Richard, D'Amato, Anthony, *International Law and World Order, (A problem-Oriented Coursebook)*, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1980. Consúltese en especial el subtítulo: “The impact of International Law upon National Law”, chapter 3, pp. 162-200.

48 Véase Henkin, Louis, *op. cit.*, nota 43, pp. 682 y 683. Por su parte, el profesor Jordan J. Paust, a propósito del Caso *Breard*, sostiene lo siguiente: “In my opinion, application of both procedural ‘default’ doctrine and the subsequent statute to defeat treaty-based rights of the individual was inappropriate...As the Court has recognized at least since 1796, federal judges are bound to apply treaty law”, Véase Paust J., Jordan, “Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention”, *American Journal of International Law*, vol 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 691-697 (p. 692). En el mismo sentido y con iguales o parecidas críticas a la posición adoptada por los Estados Unidos en el Caso *Breard*, véanse los dos siguientes artículos: (1). Lori Fisler Damrosch, “The Justiciability of Paraguay’s Claim of treaty violation”, *AGORA: Breard, American Journal of International Law*, pp. 697-704. (2). Kirgis, L., Frederic, “Zscherer v. Miller and the Breard Matter”. *AGORA: Breard. American Journal of International Law*, pp. 705-708. Este último jurista concluye en la forma siguiente: “As Professor Bilder pointed out almost a decade ago, state and local governments must therefore take responsibility for ensuring that they act within appropriate constitutional bounds when foreign relations issues are at hand. The Governor of Virginia failed to shoulder that responsibility in the Breard matter”, *cit.*, pp. 707 y 708.

Con fecha 9 de junio de 1998, la Corte Internacional de Justicia, siguiendo su procedimiento, va a disponer que la República de Paraguay someta la *Memoria* sobre el Caso ya incoado, para dictar sentencia sobre el fondo del mismo, y fijando asimismo la fecha del 9 de abril de 1999 para la Contramemoria de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, el 2 de noviembre de 1998, la República de Paraguay, informó a la Corte Internacional de su deseo de no continuar con el procedimiento, y solicitó que la causa fuera removida del orden del día.

Al día siguiente los Estados Unidos informaron a la Corte no tener objeción alguna a la solicitud de remoción del Paraguay, por lo que el día 10 de noviembre de 1998, la Corte ordenó que la causa en cuestión fuese definitivamente eliminada de la lista oficial de casos pendientes.<sup>49</sup>

#### IX. CASO RELATIVO A LA CONVENCION SOBRE RELACIONES CONSULARES (1999) ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ALEMANIA VS. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA)

Con fecha 2 de marzo de 1999, la República Federal de Alemania introdujo una demanda en contra de los Estados Unidos de América, por

<sup>49</sup> A raíz de este Caso *Breard*, los Estados Unidos emitieron un pequeño opúsculo, dirigido a las autoridades norteamericanas locales como federales, con el fin de instruir las sobre las "obligaciones internacionales" que se adquieren respecto a la notificación consular y el acceso respectivo. Véase *U.S. Dept. of State. Pub N. 10518, Consular Notification and Access: Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist them (1998)*.

En el Caso *Murphy v. Netherland (1997)*, sin haber llegado éste a la Corte Internacional de Justicia, tiene, sin embargo, grandes analogías con el Caso *Breard*. Mario Murphy, de nacionalidad mexicana, fue arrestado y sentenciado a la pena capital en el estado de Virginia, en el mes de septiembre de 1992. En ningún momento Mario Murphy fue notificado de su legítimo derecho a comunicarse con nuestros funcionarios consulares. Todos sus recursos y apelaciones fueron rechazados. En el escrito del gobierno mexicano, como *Amicus Curiae*, ante el Cuarto Circuito, México, aparte de subrayar las violaciones al derecho internacional, hacía notar que Mario Murphy, un joven de 19 años, sin ningún tipo de educación escolar, había sido procesado junto con otros *norteamericanos*, por el mismo delito, y mientras que estos últimos recibieron distintos tipos de sentencia, única y solamente a Mario Murphy le había sido impuesta la pena de muerte.

Después de una petición infructuosa ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y posteriormente a la negativa de clemencia solicitada al impasible gobernador de Virginia, el mexicano Mario Murphy, sería ejecutado el 17 de septiembre de 1997. ¡La Justicia reposa serenamente en el espíritu de los justos!

Véase (a) *Murphy v. Netherland*, 116 F.3d, 97, U.S. Court of Appeals, 4th Cir., June 19, 1997. (b) *Amicus Brief of the United Mexican States, Murphy v. Netherland*, 116, F. 3d, 97 (4th. Cir, N 96-14) (c) Aceves, J. William, "Treaties-Vienna Convention on Consular Relations-Habeas Corpus", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 1, enero de 1998, pp. 87-91.

supuestas violaciones, cometidas por este último país, a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Los hechos que dan lugar a la demanda, se basan en la detención en 1982, por parte de las autoridades de Arizona, de dos personas de nacionalidad alemana (Karl y Walter Le Grand), las cuales fueron procesadas y sentenciadas a la pena de muerte, sin que dichos sujetos hubieren sido notificados “sin dilación”, de las prerrogativas y derechos que les concede el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.

Alemania argumenta que al no haberse cumplido con lo estipulado por el artículo 36 de la mencionada Convención, esto impidió a Alemania el proteger los intereses jurídicos de sus nacionales en los Estados Unidos, tanto en la fase misma del proceso penal, como en las instancias de apelación de los tribunales norteamericanos.

En la misma demanda, Alemania asienta, que cuando finalmente Karl y Walter Le Grand, por mediación de las autoridades consulares alemanas, alegaron que se habían cometido violaciones patentes a la Convención de Viena, ante la Corte Federal de Primera Instancia, ésta misma, hizo aplicación de la doctrina jurídica interna del *procedural default*, decidiendo que, dado que las personas en cuestión no habían hecho valer sus derechos derivados de la Convención de Viena de 1963, en los procedimientos jurídicos previos en el nivel estatal, estaban ya impedidos de hacerlo en los procedimientos federales de *habeas corpus*.<sup>50</sup>

Visto todo lo anterior la República Federal de Alemania va a solicitar a la Corte de decidir y declarar:

1. Que los Estados Unidos, al arrestar, detener, procesar, condenar y sentenciar a Karl y Walter Le Grand, violaron sus obligaciones jurídico-internacionales respecto de Alemania, en su propio derecho, y en el derecho de protección diplomática de sus nacionales, tal y como está previsto y contemplado por los artículos 5o. y 36 de la Convención de Viena de 1963.

50 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States)*, 3 de marzo de 1999, “Request for the Indication of Provisional Measures”, Order: *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999 (ASIL), pp. 308-316. Alemania fundamentó la jurisdicción de la Corte, en el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto de la Corte y en el artículo I del Protocolo Facultativo sobre Solución Obligatoria de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: “Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender de ellas, a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, que sea parte en el presente Protocolo” (artículo I “Protocolo Facultativo relativo a la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias”).

2. Que Alemania tiene por lo tanto, derecho a que se le otorgue una reparación de acuerdo al derecho internacional.

3. Que los Estados Unidos están obligados conforme a derecho internacional, de no hacer aplicación de la doctrina *procedural default*, o de cualquier otra doctrina del foro interno, si esto conlleva inhibir o precluir, el ejercicio de los derechos estipulados en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.<sup>51</sup>

Por otro lado, el gobierno alemán sostiene que la culpabilidad de tipo penal que fue impuesta a Karl y Walter Le Grand, al haber sido dictada en violación a las obligaciones internacionales, debe ser declarada nula por la Corte y por las autoridades legales de los Estados Unidos.

En lo que respecta al caso de Karl Le Grand, ejecutado el 24 de febrero de 1999, el gobierno alemán exige le sea acordada una reparación jurídica, en su modalidad de “indemnización” por el daño material y de “satisfacción” por el daño moral sufridos conforme a derecho internacional. En lo que respecta al caso de Walter Le Grand, lo que se solicita al gobierno americano es el restablecimiento del *status quo ante*, esto es, la reposición de la situación que existía anteriormente a la detención, proceso y sentencia del ciudadano alemán (*restitutio in integrum*).<sup>52</sup>

Por último, el gobierno alemán, paralelamente a su demanda principal, solicitó al mismo tiempo, una petición formal para que la Corte Internacional de Justicia dictara auto de “medidas provisionales”, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la misma Corte.<sup>53</sup>

Esta petición de “medidas precautorias”, la formula Alemania por la gravedad y urgencia de la situación, esto es, la inminente ejecución de la sentencia de muerte fijada para el 3 de marzo de 1999 en Arizona, en contra de Walter Le Grand, hermano de Karl, este último ya ejecutado el 24 de febrero de 1999.

51 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States)*, *cit.*, nota 50, p. 309, numeral 5.

52 Véase *ibidem*, p. 310. “Si se piensa que el principio general de la reparación, tiende a hacer desaparecer las ‘consecuencias’ producidas por el hecho ilícito imputable al Estado... es entonces evidente que la ‘reparación en especie’, se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación”. Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. “Aspectos de la reparación internacional”. *Temas selectos de derecho internacional*, 3a ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 184.

53 Véase, *Charte des Nations Unies, “Statut et Règlement de la Cour et autres textes”*, *Actes et Documents Relatifs à l’Organisation de la Cour*, núm. 4, 1978.

La Corte Internacional de Justicia va a recordar su propia jurisprudencia en materia de “medidas provisionales”, en el sentido que su viabilidad, presupone el que un perjuicio irreparable pueda ser causado a los derechos en litigio en un procedimiento judicial (ejemplo *USA, Diplomatic and Consular Staff in Theran: Provisional Measures*, Order: 15-XII-1979) y que el emitir un mandamiento judicial en este sentido, no prejuzga en nada la competencia de la Corte para conocer del fondo del asunto, ni ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda, ni a la substancia de la misma.

La Corte deja muy en claro que los puntos relativos al presente diferendo, no conciernen en forma absoluta, la atribución que poseen los Estados federados dentro de los Estados Unidos, para recurrir a la pena capital.

La función de la Corte, enfatiza ésta, es la de resolver diferendos jurídico-internacionales entre los Estados, *inter alia*, cuando éstos se generen por la interpretación o aplicación de tratados, pactos o convenciones internacionales; pero su función no es nunca la de comportarse como una especie de tribunal criminal de apelación.<sup>54</sup>

Así, la Corte Internacional de Justicia, en su mandamiento judicial del 3 de marzo de 1999, en forma unánime, va a dar cabida a la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania en el sentido de indicar las siguientes medidas provisionales:

I (a). Los Estados Unidos de América deben tomar todas las medidas que estén a su disposición a fin de asegurar que Walter Le Grand no sea ejecutado, en tanto no exista una decisión final en el presente Caso, y quedando obligado de informar a la Corte de todas las providencias que hayan sido adoptadas para la debida instrumentación del presente mandamiento.

(b). El gobierno de los Estados Unidos de América queda en la obligación de transmitir las anteriores disposiciones al gobernador del estado de Arizona.

II. La Corte decide que hasta el momento en que no exista un fallo definitivo por parte de la misma, ésta quedará abocada a los puntos que integran la materia substantiva del presente mandamiento.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States)*, cit., nota 50, pp. 312 y 313.

<sup>55</sup> Véase *ibidem*, p. 313, numeral 29. Las “medidas provisionales” dictadas por la Corte fueron adoptadas de acuerdo al artículo 41 del Estatuto y 75, párrafo 1 de su Reglamento de 1978, como fue

## X. DECLARACIÓN DEL JUEZ SHIGERU ODA

El juez Shigeru Oda, acompañó al texto de la *Providencia* del 3 de marzo de 1999, una “Declaración”, sosteniendo que si bien había votado a favor, lo había hecho con gran vacilación y recelo, en virtud de que la Corte Internacional de Justicia, no podía convertirse en un Tribunal Criminal de Apelación, y tampoco llegar a ser una instancia para admitir recursos de *habeas corpus*.

De acuerdo al juez S. Oda, la Corte no posee jurisdicción para decidir asuntos relativos a la pena capital y su ejecución, y no debe de estar interviniendo en este tipo de diferendos. Decidir si, la pena de muerte es contraria al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es un asunto que deba ser determinado o resuelto por la Corte de La Haya, o por lo menos, no el presente caso y bajo la actual hipótesis.

La indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas, cuando la Corte así lo considere conveniente para resguardar los derechos de las partes, son medidas para preservar —dice S. Oda—, derechos de los Estados soberanos, expuestos éstos a una inminente violación, la cual sería por sí misma irreparable, de no recaer tal *Providencia*.

Si la Corte interviene directamente en el destino de un individuo, esto ya está implicando una cierta desviación de la función encomendada al órgano judicial principal de Naciones Unidas, que no es otra, sino la de dirimir controversias inter-estatales, relativas a los derechos y deberes de los Estados soberanos.<sup>56</sup>

## XI. OPINIÓN SEPARADA DEL PRESIDENTE SCHWEBEL

Para el juez Stephen M. Schwebel, presidente en turno de la Corte Internacional de Justicia, la *Providencia* emitida el 3 de marzo de 1999 por la Corte, y conforme a la cual se dictaban las “Medidas Provisiona-

solicitado por Alemania. Dada la extremada urgencia (*greatest urgency*) del asunto en cuestión, la Corte puede en todo momento examinar de oficio (*provisional measures 'proprio motu'*) la indicación de medidas provisionales que las partes, o una sola de ellas, debería tomar o ejecutar.

<sup>56</sup> Véase *Declaration of Judge ODA, ICJ, Germany v. United States, cit.*, nota 50, pp. 314 y 315.

“...Given the fundamental nature of provisional measures, those measures should not have been indicated upon Germany's request. I reiterate and emphasize that I voted in favour of the Order, solely for humanitarian reasons”. *Ibidem*, p. 315, numeral 7.

les”, solicitadas por Alemania, no tiene precedente en los anales de la jurisprudencia, y hace votos, para que esta decisión no sienta precedente en lo futuro.

De acuerdo al juez S. Schwebel, esta decisión relativa a la indicación de medidas provisionales, fue emitida por la Corte a petición de una de las partes, pero sin haber escuchado a la otra parte, y esto infringe una regla básica del procedimiento judicial.

De conformidad con el artículo 75, párrafo 1 del Reglamento de la Corte, ésta misma tiene la facultad, en todo momento de examinar de oficio (*d'office; proprio motu*), si las circunstancias del caso así lo exigen, la indicación de medidas provisionales (*mesures conservatoires; provisional measures*) que deban adoptar o cumplir las partes, o una de ellas.

Esta facultad que puede ser ejercida “de oficio”, sin escuchar a las partes, es un poder extraordinario que debe ser ejercido por la Corte, bajo el cuidado más extremo y la mayor de las cautelas, y en el caso presente, dice Schwebel, no se tipifica la hipótesis del artículo 75 (1) ya que esta disposición no contempla el dictar tales medidas a petición de una de las partes, por ejemplo Alemania.<sup>57</sup>

## XII. OPINIÓN CRÍTICA ACERCA DE LAS “MEDIDAS PROVISIONALES”

El incidente consistente en indicar medidas cautelares, es una facultad de la Corte que ésta ejerce cuando en un momento dado, considera que los derechos objeto de la demanda pueden estar siendo amenazados por un daño o perjuicio irreparable.

La práctica judicial de la Corte misma otorga la protección mencionada, antes de haber fallado definitivamente sobre la competencia y sobre el fondo, cuando la acción de una parte *pendante lite* es susceptible de causar a los derechos de un tercero, un daño de tal naturaleza, que no sería posible restablecer plenamente tales derechos, o llevar a cabo una re-

57 Véase “Separate Opinion of President Schwebel”, *International Legal Materials*, cit., nota 50, pp. 315 y 316. El juez Stephen M. Schwebel se cuestiona además sobre la conveniencia misma de la facultad otorgada a la Corte de emitir de oficio, medidas precautorias. “...There may be room to question whether sovereign States should be subjected to the Court's restraints 'pendente lite', without giving them the opportunity to be heard”, *ibidem*, p. 316, párrafo 2.

paración del *statu quo ante*, a través de un simple fallo favorable, dictado tiempo después, sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo en su Providencia del 15 de diciembre de 1979, relativo al “Caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Therán”, la Corte consideró que:

...La persistencia de la situación que hace el objeto mismo de la demanda, expone a los seres humanos en cuestión, a una serie de privaciones, a una vida dolorosa y angustiante, e incluso a verse confrontados a peligros hacia su propia vida y su salud, y por consiguiente a una posibilidad muy seria de un perjuicio irreparable, por lo que la Corte concluye en la necesidad de indicar las medidas provisionales.<sup>58</sup>

Es cierto que la Corte no puede indicar medidas cautelares, cuando ésta es “manifiestamente incompetente”. Pero la urgencia siempre asociada a las demandas de medidas cautelares, no permite el que se pueda establecer en forma definitiva, la competencia de la Corte, antes de indicar las medidas en cuestión.

Por ello, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en aceptar que la Corte ha establecido una jurisprudencia que le atribuye la facultad de indicar medidas provisionales, si los motivos de competencia invocados por el demandante parecen constituir *prima facie*, una base sobre la cual podría fundamentarse la propia competencia de la Corte.<sup>59</sup>

El juez Eduardo Jiménez de Aréchaga en su Opinión Individual relativa a la Demanda en Indicación de Medidas Provisionales del 11 de septiembre de 1976, sostuvo:

Este artículo (41), constituye el fundamento de la facultad de la Corte para actuar con respecto a una solicitud de medidas provisionales. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto, y en esa acep-

58 Véase “Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Thérán”, *Mesures Conservatoires. Ordonnance du 15-XII-1979. Recueil*, CIJ, 1979, p. 17.

59 Véase en este terreno uno de los estudios más lúcidos sigue siendo el de Sir Gerald Fitzmaurice: “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure”, *The British Year Book of International Law*, Londres, 1958, vol. XXXIV, pp. 1-162.

“...The power of the Court to indicate interim measures falls into the same category as its *compétence de la compétence*. Both are an exercise of incidental jurisdiction, necessary in the case of the *compétence de la compétence* to enable the Court to function at all, and, in the case of the power to indicate interim measures, to prevent its decisions from being stultified”. *ibidem*, p. 116.

tación radica el elemento de consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Se le ha calificado como jurisdicción incidental, porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados ante ella. Desde este punto de vista, puede compararse con la jurisdicción conferida por el artículo 36 (6) del Estatuto.<sup>60</sup>

### XIII. SENTENCIA DEL 10. DE OCTUBRE DE 1999

El 10. de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por México, respecto a: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de hacer una síntesis, en su parte conducente, de las observaciones escritas y argumentos orales de los Estados participantes en el Procedimiento (México, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Honduras, El Paraguay, Costa Rica, Estados Unidos) así como de la Comisión Interamericana respecto a la Consulta formulada por México, se abocaría primeramente al aspecto de la "competencia" de la propia Corte para conocer del asunto.<sup>61</sup>

La Corte va a determinar, en ejercicio de sus facultades inherentes para precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean (OC-7 de 1986),

...que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Inter-

60 Véase "Opinion Individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président", *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie)*, "Demande en Indication de Mesures Conservatoires". *Ordonnance du 11 septembre 1976. Recueil des Arrêts...*, 1976, p. 16, párrafo 2. En este Caso, si la Corte denegó las medidas provisionales fue en razón, de que la Corte consideró ya necesario pronunciarse acerca de su jurisdicción sobre el fondo, ni siquiera en forma preliminar. *Ibidem*, p. 13, numerales 43 a 467.

61 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 del 10. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, pp. 1-43. En su escrito del 18 de mayo de 1999, los Estados Unidos de América, reiteraron que "...conforme a su punto de vista, la Corte no debe emitir una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que es un tratado con vocación universal relativo a las relaciones consulares entre Estados y que no crea derechos humanos", *ibidem*, p. 41. Texto oficial mimeografiado.

nacional de Derechos Civiles y Políticos, y son parte (s) en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>62</sup>

Este punto era importante que lo esclareciese la Corte, puesto que el gobierno estadounidense siempre sostuvo, tanto en sus presentaciones orales como escritas, que en realidad el objeto de la Consulta solicitada por México era el cuestionar la conformidad de la legislación y práctica estadounidenses con normas de derechos humanos, y dado que dicho gobierno no era, hasta la fecha, Estado parte en la Convención Americana, la Corte Interamericana no podía gozar de competencia para conocer de la solicitud en cuestión.

Pero la Corte Interamericana, como veíamos, hizo a un lado este argumento, ya que para fundar su competencia, lo importante era la vinculación jurídica que se desprendía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la cual era parte el gobierno estadounidense, así como Estado miembro de la OEA.<sup>63</sup>

Por otro lado, y de acuerdo a su propia jurisprudencia, la Corte debe examinar, si al emitir una eventual Opinión Consultiva, no estaría desvirtuando la naturaleza de este particular régimen.

Uno de los parámetros, dice la Corte que pueden ser utilizados por la misma al realizar el examen de este punto,

...se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, un Estado miembro obtenga prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un contencioso. Sin embargo, esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, "per se", un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.<sup>64</sup>

62 *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit. nota 61, p. 46, párrafo 42.

63 Véase *Written Observations of the United States of America*. 1o. de junio de 1998: "...the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, not with standing that the United States is nor a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under article 62". Observaciones presentadas en el Procedimiento Consultivo, cit., nota 61, pp. 6 y 7 (Jurisdiction II, pp. 3-7).

64 Véase CIDH. *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. octubre de 1999*, cit., nota 61, p. 48, párrafo 45. En este sentido la Corte recuerda su jurisprudencia en casos tales como: "Restricciones a la pena de muerte" OC-3/83 del 8 sept. 1983. Serie A, N. 3, párrafo 38: "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", OC-11/90. Serie A, N. 11, párrafo 3: "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8-2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A, N. 12, párrafo 28.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, no va a pronunciarse sobre “presuntos cargos o pruebas contra un Estado”, porque la función consultiva de los tribunales internacionales no es la determinación o esclarecimiento de hechos controvertidos, sino el esclarecimiento sobre el alcance y fin de normas específicas sobre derechos humanos.

En una importante Opinión Consultiva de 1997, la propia Corte Interamericana en el asunto relativo a: *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), precisó la diferencia entre lo que es su competencia contenciosa, en los siguientes términos:

...La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados miembros de la OEA y órganos principales de esta, establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte... Además, aún cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables.<sup>65</sup>

Para los fines de la Opinión solicitada por México, la Corte Interamericana debía ahora determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, puede considerarse como un tratado, que aún y cuando su objeto principal no sea estrictamente la protección de los derechos humanos, su artículo 36 contiene disposiciones aplicables precisamente a la protección de los derechos humanos en los territorios de los Estados partes.

Del artículo 36-1, apartado *b*, de la Convención de Viena de 1963, se desprende el derecho del extranjero privado de libertad a ser informado “sin dilación” de que posee:

65 Véase “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, *Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre 1997*. Serie A, N. 15, párrafos 25 y 26. Es cierto que México hizo mención de varios casos concretos, en que mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos, no habían sido informados en ningún momento de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, pero ésto lo hizo en forma ilustrativa, a manera de ejemplo, lo cual no desvirtúa en un ápice el carácter consultivo de su solicitud. Véase *Transcripción de la Audiencia Pública. Presentación inicial de México*, p. 15.

1) Derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor, informen a la Oficina Consular respectiva sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y

2) Derecho a dirigir a la Oficina Consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida “sin demora”.

De lo anterior la Corte, va a razonar como sigue:

...el ejercicio de este derecho (comunicación consular) sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede exponerse “expresamente” (36.1 inciso *c*), a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por lo tanto la Corte Interamericana concluye que el artículo 36 de la multicitada Convención de Viena,

...reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado... La comunicación consular a la que se refiere el artículo 36... efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél.<sup>66</sup>

En cuanto a la pregunta realizada por México en el sentido de si la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, estaría subordinada a las protestas del Estado de su nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asentó que el cumplimiento del deber del Estado en relación a la notificación consular, no estaba en forma alguna supeditado al requisito de “protesta previa” del Estado que envía.

La Corte en forma impecable razonó como sigue:

66 Véase *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, cit.*, nota 61, pp. 60 y 61, párrafos 83, 84 y 87. El gobierno norteamericano siempre adujo que no era posible que una disposición inserta en una Convención tan extensa, pudiera convertir a dicho Tratado, en “concerniente” a la protección de los derechos humanos en América. “Ultimately, each State decides for itself what it can will do in aid of its nationals. Thus neither the text nor the negotiating history nor state practice supports the existence of a ‘right to consular assistance’. On no basis, therefore could this Court find that consular assistance is a human right, in any context, véase *Written Observations of the United States of America, cit.*, nota 19, 1o. de junio de 1998, p. 18.

El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente a la voluntad del Estado interesado... 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.*<sup>67</sup>

En cuanto a la expresión “sin dilación”, contenida en el artículo 36 I.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a propósito de la cual, México preguntó, si debería interpretarse en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido, por delitos sancionables o no con la pena de muerte, de los derechos que le confiere la Convención, en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión, la Corte sostendrá que la obligación de informar “sin dilación” había sido inserta, como una medida que permitía asegurar que el detenido estuviera consciente de sus derechos de asistencia consular.

La Corte Interamericana, en este punto, va a esclarecer el significado del concepto “sin dilación” de conformidad con un principio general de interpretación de los tratados; esto es, el principio del “efecto útil”.

El principio del *effet utile* en materia de interpretación significa que una cláusula debe, en caso de duda, ser interpretada en un sentido que la haga plenamente operante, dándole el efecto compatible con su razón de ser.

El profesor Charles De Visscher, sostenía que si debíamos, en principio, interpretar un tratado de manera tal que le fuese permitido alcanzar el fin perseguido por las partes, la búsqueda de este fin no podría degenerar en un razonamiento abstracto alrededor de un objetivo que se supondría haber sido el buscado por los Estados parte.<sup>68</sup>

Así pues la Corte Interamericana con mucha precisión, sostendrá que para la determinación del concepto “sin dilación”, se deberá de acuerdo al principio del efecto útil (conocido también en el coloquio *ut res magis valeat quam pereat*), apegarse a la finalidad a la que supuestamente sirve la notificación consular.

67 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 62 y 63, párrafos 90 y 92 (énfasis añadido).

68 De Visscher, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 2a. ed., París, A. Pédone, 1955, p. 313.

Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél (el inculpado) 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 inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.<sup>69</sup>

Otro de los puntos relevantes que debía desahogar la Corte Interamericana era el relacionado con el derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las garantías mínimas del “debido proceso legal”.

En este capítulo México había preguntado a la Corte, *inter alia*, si debía entenderse que el artículo 14 (derecho al debido proceso legal) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos debía aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, y que tratándose de extranjeros acusados e inculcados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluía la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confería el artículo 36 l.b) de la Convención de Viena sobre Derechos Consulares.

Después de advertir que el examen de esta cuestión debía iniciarse por la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados (Convención de Viena de 1969), y, “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, la Corte sostendrá sin sombra de ambigüedad alguna que:

...para que exista “debido proceso legal”, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables... El desarrollo histórico del proceso, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales... Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

<sup>69</sup> CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 66, párrafo 106. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de las *Zonas Francas de la Alta Saboya* sostuvo con toda claridad: “En la duda, las cláusulas... deben... ser interpretadas de manera tal que les permita desarrollar sus efectos útiles”. Serie A/B. N. 35, p. 13, *Arrêt du 7 juin 1932*.

Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correctiva prohibición de discriminación... En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva 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.<sup>70</sup>

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendrá que analizar cuáles podrían ser las *consecuencias jurídicas* que deberían derivarse respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, *ante la falta de notificación* a que se refiere la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (artículo 36 1.b), y ello dentro del marco del derecho internacional general; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana.<sup>71</sup>

La Corte Interamericana, después de recordar varios casos del Comité de Derechos Humanos de la ONU, relativos a la aplicación de la pena de muerte, y en donde se sostuvo que en estos supuestos, se exigía rigurosamente que tanto las leyes sustantivas como procesales no fueran en nada contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implicando, además, al respeto irrestricto de las garantías procesales, razonó de la forma siguiente:

70 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 71, 72, 73, párrafos 115, 117, 119 y 122. El ilustre jurista y juez Sergio García Ramírez, en su *voto concurrente razonado* anexa a esta Opinión Consultiva, sostuvo con toda precisión lo siguiente: "...Lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia... y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional... Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento..." , *ibidem*, pp. 1-4, párrafos 4 y 13. En contra de esta apreciación del *due process of law*, véase la Opinión parcialmente disidente del Juez Oliver Jackman: "...It is difficult to see how a provision such as that of Article 36.1.b) of the Convention... can be elevated to the status of a fundamental guarantee, universally exigible as a 'conditio sine que non' for meeting the internationally accepted standards of due process", *ibidem*, p. 3, párrafo 9.

71 CIDH, *op. cit.* nota 61, pp. 72 y 73. Es cierto que de las preguntas formuladas por México "no se desprendería con claridad" , si nuestro gobierno solicitaba a la Corte interpretar los "efectos de la omisión", por parte del Estado receptor, de informar al detenido extranjero de los derechos que le confería la Convención, o si México se estaba refiriendo sólo a los casos en que el detenido habría expresado su deseo de que se informase al funcionario consular sobre su detención, y el Estado receptor se hubiere negado a ello.

Con toda atinencia, la Corte resolverá que por el contexto general de la Solicitud, ésta se circunscribía, "al primero de los supuestos citados", *ibidem*, p. 74, párrafos 126 y 127.

...la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero..., afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos... con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.<sup>72</sup>

La sentencia sobre esta importante Opinión Consultiva solicitada por México, fue dictada el 10. de octubre de 1999 y leída en sesión pública en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el 2 de octubre del mismo año.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidirá antes que nada, y por unanimidad que es competente para emitir la Opinión Consultiva en cuestión, y que es de Opinión:

*Por unanimidad,*

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

*Por unanimidad,*

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

*Por unanimidad,*

3. Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Es-

<sup>72</sup> CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 77, párrafo 137. En el voto concurrente emitido por el juez Antonio A. Cancãdo Trindade, a propósito de esta Opinión Consultiva, podemos leer lo siguiente: “estamos pues, ante un fenómeno más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos... Se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular..., hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario”. Véase: “Voto concurrente del juez A. A. Cancãdo Trindade”, *op. cit.*, nota 61, p. 13, párrafos 34 y 35.

tado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

*Por unanimidad,*

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

*Por unanimidad,*

5. Que los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

*Por unanimidad,*

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

*Por seis votos contra uno,*

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v.gr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Disiente el juez Jackman.

*Por unanimidad,*

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Esta importante Opinión Consultiva, que es sin duda de una gran trascendencia para la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, revela como pocas otras Opiniones, que la política jurisprudencial de una Corte Internacional, debe en muchas ocasiones no ser solamente la construcción pretoriana de una concepción rígida del derecho, sino también y paralelamente la adaptación de ciertas reglas formales al medio normativo existente, sobre todo, si estamos inmersos en el campo de los derechos humanos.

No cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos, deja atrás la contradicción inherente al derecho internacional clásico, según el cual la protección del individuo no podía ser garantizada, más que a través del sesgo de un derecho interestatal hecho por y para los Estados.

Este reconocimiento otorgado a todo ser humano —como dice Frédéric Sudre—, en toda época y todo lugar, dé un mínimo consistente de derechos fundamentales, coloca la base de un nuevo derecho común internacional, en donde se pretende expresar ciertos valores que constituyen un fondo común a todo tipo de civilización contemporánea.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Véase Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 21-53. La unidad y la intemporalidad del Derecho internacional de los derechos humanos, puede sintetizarse en la fórmula siguiente: "*Parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tous lieux*", *ibidem*, p. 37.