

INTERPRETACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso “*Ahmadou Sadio Diallo*”

INTERPRETATION OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Sentence of the International Court of Justice
in the Case “*Ahmadou Sadio Diallo*”

Zlata Drnas de Clément (*)

Introducción

El Gobierno de la República de Guinea presentó el 28 de diciembre de 1998 ante la Secretaría de la Corte una demanda contra la República Democrática del Congo (conocida como Zaire entre 1971 y 1997) relativa a una disputa sobre “violaciones graves del derecho internacional”, que presuntamente habrían sido cometidas “contra la persona de un nacional de Guinea”. La presentación consta de dos partes firmadas por el Ministro de Relaciones Exteriores de Guinea. La primera parte, titulada “Aplicación”, contiene una declaración concisa del objeto de la diferencia en el marco de la jurisdicción de la Corte y sus fundamentos jurídicos. La segunda parte, titulada “Memorial de la República de Guinea”, especifica los hechos que originaron el litigio. Guinea sostuvo que el Sr. Ahmadou Sadio Diallo, un empresario de nacionalidad guineana, después de treinta y dos años en la República Democrática del Congo había sido injustamente encarcelado por las autoridades de ese Estado, despojado de sus importantes inversiones, negocios y activos en bienes raíces y bancarios y luego expulsado, en violación al Derecho internacional.

La sentencia aborda una serie de cuestiones jurídicas de relevancia, entre ellas: relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional; interpretación del derecho interno por la Corte Internacional de Justicia (CIJ); interpretación de tratados internacionales en materia de derechos humanos; rol de la Corte ante la denominada “fragmentación

(*) Directora de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Nueva serie II. Antigua Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

del DI”; interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963); responsabilidad internacional: reparaciones. En este breve comentario nos referiremos, en particular, a la cuestión relativa a la interpretación por parte de la Corte Internacional de Justicia de los tratados en materia de derechos humanos (I), al rol que asigna a los dictámenes de los organismos de derechos humanos especializados del ámbito universal y regional (II), y al rol que asigna a la propia CIJ en la relación derechos especiales -como Derecho de los Derechos Humanos- y Derecho Internacional general (III). Para clarificar el alcance de la sentencia de la CIJ en el Caso Ahmadou Sadio Diallo haremos referencia a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) por ser el tribunal especializado que más ha avanzado a nivel internacional en su función protectora de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y por ser de principal interés para nuestro país en tanto intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, con ello de un amplio espectro de normas internas argentinas (1).

I. Interpretación de los tratados sobre derechos humanos

No hay uniformidad en la doctrina para determinar en un caso concreto si un tribunal se ha pronunciado conforme a derecho en ejercicio de una legítima técnica de interpretación e integración jurídica o se ha transformado en creador del derecho, instaurador de nuevas tendencias jurídicas, imponiendo el voluntarismo judicial.

RUIZ FABRI, al referirse a la dimensión creadora del derecho que tienen vía interpretación expansiva las decisiones internacionales, en especial, las jurisdiccionales -trascendiendo el caso particular y las relaciones inter-partes-, ha expresado que ese rol no depende de la voluntad del tribunal, sino de la “ratio” del dictamen (2).

La CIJ, en el fallo que comentamos, ha abierto una importante ventana al voluntarismo /activismo judicial al valorizar los pronunciamientos de los organismos especializados de derechos humanos, los que se han caracterizado por una constante progresividad irretornable *pro homine*, y, en muchos casos, han equiparado al principio interpretativo “pro homine” (a la hora a interpretar los tratados sobre derechos humanos) con un principio general del derecho “pro homine” derogatorio o ampliatorio de normas positivas internacionales, aspecto sobre el que efectuaremos consideraciones adicionales más adelante

Si bien, la CIJ reconoce en el fallo bajo consideración (para. 65) que el “derecho interno condiciona en cierta medida al derecho internacional”, recuerda que es necesario que la legislación nacional sea en sí misma “compatible” con las disposiciones de las normas internacionales contenidas en los pactos y convenios universales y regionales en materia de derechos humanos, , interpretadas conforme los pronunciamientos de los

(1) Tomaremos en consideración al desarrollar esta parte nuestro trabajo “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Cuarta instancia?”, en *Anales-Encuentro de Academias Nacionales de Derecho*, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 2009.

(2) RUIZ FABRI, H. ‘La motivation des décisions dans le règlement des différends de l’OMC’, en Ruiz Fabri, H - Sorel, J.-M. (eds), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2008, p. 103.

organismos especializados en la materia (vg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.). Es de observar que los contenidos de esas normas -de conformidad a la jurisprudencia y cuasi jurisprudencia de los tribunales, comisiones y comités de derechos humanos- no son rígidos sino móviles y evolutivos, alcanzando nuevos perfiles en cada nueva sentencia, alejándose frecuentemente del texto de los tratados en la materia.

Los tribunales de derechos humanos, en sus pronunciamientos -en interpretación expansiva-, han otorgado a los derechos y deberes consagrados en la CADH un perfil distinto al concebido en el acuerdo entre partes, invocando la necesidad de avanzar en la humanización del derecho de los tratados; la existencia de un orden público en materia de derechos humanos; la evolutividad *pro homine* de todo el sistema.

Así, por ejemplo, el Juez de la CteIDH Cançado Trindade (3), en voto razonado en el *Caso Blake vs. Guatemala. Fondo*, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N° 36, ha expresado: “2 (...) Como indicaré en seguida, solamente a través de la **transformación del derecho** existente se logrará realizar plenamente la justicia en circunstancias como las planteadas en el presente caso Blake de desaparición forzada de persona. 3. (...) El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste (...) en **seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados** (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *jus cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento”

En el *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en voto razonado, expandieron el perfil del “derecho a la vida” consagrado en la CADH al señalar que: 4. *El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.* 7. *Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna (...) (4)”*

(3) Cançado Trindade ha sido Juez y Presidente de la CteIDH y, en la actualidad, es Juez de la Corte Internacional de Justicia, habiendo intervenido en calidad de tal en la sentencia en el *Caso Ahmadou Sadio Diallo*.

(4) La CADH, con relación al derecho a la vida estipula: “Artículo 4. *Derecho a la Vida.* 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.* 2. *En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley*

En varios casos, la CteIDH ha dictaminado que no es suficiente para agotar la obligación del Estado, que éste cree las condiciones necesarias para que los derechos humanos puedan ejercitarse, sino que *debe dictar normas procesales, crear estructuras tribunalicias, crear escuelas de derecho, proveer asistencia legal gratuita. También, i.a., remover obstáculos culturales, estructurales y sociales.* Esa “perfección” de Estado luce más propia de una sociedad de ángeles que de las sociedades humanas. Bajo esas exigencias, no habría Estado que pudiera escapar a imputaciones de incumplimientos y violaciones de derechos humanos.

En el Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. La Corte decidió por unanimidad: “173. (...) 3. (...) *que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.* Es de observar que el “deber” que señala la Corte al Estado de Nicaragua no encuentra respaldo en derecho alguno consagrado en la CADH, en tanto los derechos de las comunidades aborígenes (*i.a.* propiedad) no están contemplados en ese instrumento, ni en tratado internacional alguno de carácter vinculante, ni se han consolidado normas consuetudinarias en el plano del derecho internacional en la materia, como tampoco norma alguna vigente ha incorporado los “valores, usos y costumbres de las comunidades aborígenes” como fuente jurídica. Sin embargo, el dictamen de la CteIDH viene a nutrir el proceso de formación de derechos de ese tipo de comunidades.

En el Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de la CIDH de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, se expresa: “274. *La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca.* El “derecho a la verdad” constituye un desarrollo pretoriano de la Corte, ya que no se trata de un “derecho” consagrado en la CADH. La

que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.”

primera referencia al derecho a la verdad que hace la CteIDH se produce en el Caso *Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, en el que la Corte expresa que se trata de “86 (...) un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana”.

Es de observar que los derechos consagrados en la CADH son complementarios de los derechos consagrados en las constituciones nacionales; en tanto, el sistema de protección internacional, es *subsidiario* y *sólo entra en juego en caso de violación por parte del Estado de los derechos consagrados en la Convención*. No podría haber violaciones a normas cuyo contenido sustancial excede el compromiso de los Estados negociadores, contratantes o partes o son normas consuetudinarias en *status nascendi* o en permanente evolución a criterio del tribunal, ya que nadie podría estar obligado por un deber que no tiene o no puede saber que tiene.

La CteIDH es instancia internacional única, sin previsiones de alzada, conformada por sólo 7 jueces, que sesionan con un quórum de 5 y deciden por mayoría simple (tres votos). Le caben las mismas desconfianzas con relación a capacidad de los jueces, su parcialidad, su eventual corrupción, su voluntad de protagonismo, su ideologización, etc., que llevaron en el plano interno a la creación de varias instancias, por lo que se impone a sus miembros a la hora de adoptar decisiones la máxima prudencia y visión en perspectiva general social, no sólo la que lleva a la protección de un individuo frente a un Estado.

La visión expansiva de la protección de los derechos humanos, que minimiza o desconoce la voluntad de los Estados en el alcance de las Convenciones específicas coloca a los jueces en “creadores” del orden público internacional. Ello se hace visible en el pronunciamiento del Juez Cançado Trindade en el Caso *Blake* citado precedenteente.

La Juez Medina Quiroga (5) ha señalado: “Un orden internacional de protección de los derechos humanos (...) pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en su práctica.” “Ese propósito (...) debe traducirse en un mayor cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, en tanto constituyen un **orden público internacional**, cuyo mantenimiento **debe ser** de interés de todos los Estados que participan en el sistema”. Asimismo, recordó que la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso *Pfunders/Fundres* Appl. N° 788/60, *Yearbook of the ECHR*, vol. 4, 1961, p. 116), iniciado por Austria contra Italia (6), ya en la década de los '60 rechazó la excepción presentada por Italia (que

(5) MEDINA QUIROGA, Cecilia “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio *et al.* *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Cte IDH, San José, 2005, pp. 207 y ss., en particular, pp. 208 y 210.

(6) Italia interpuso una excepción preliminar *ratione temporis* basada en el hecho de que Austria sólo había aceptado el Convenio Europeo en fecha posterior a los eventos que denunciaba por lo que a esa fecha no habían nacido obligaciones recíprocas entre ambos países.

argüía que en oportunidad de la presunta violación italiana, Austria no era parte en el Convenio), sosteniendo que no podía considerarse que Austria estuviera ejerciendo una acción para hacer cumplir derechos propios o intereses nacionales, sino que la ejercía en razón de que consideraba que había una violación de orden público europeo, por lo que no era condición para ejercerla que hubiera reciprocidad o equivalencia de derechos entre los dos Estados.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su Observación general N° 31 “*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados, adoptada en el Pacto*”, aprobada en el Período de sesiones 2004, al considerar el alcance y contenido del art. 2 del Pacto señaló: “2. Aunque el art. 2 está redactado en función de las obligaciones de los Estados Parte con respecto a personas individuales en su calidad de titulares de derechos de conformidad al Pacto, todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Parte de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que ‘las normas relativas a derechos básicos de la persona humana’ son **obligaciones erga omnes** y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)”. Llamamos la atención sobre la contradicción implícita en la designación de la “Observación general” de la Comisión: por un lado, hace referencia a “obligación general **impuesta**” a los **Estados**, y por el otro señala que esa imposición es “**adoptada**” en el “**Pacto**”.

En principio, cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, la Corte se halla facultada para analizar la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es, asimismo, competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite, ya que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

La *progresividad* que ha impuesto a la vigencia de los derechos humanos. Ello, no sólo por la posición *pro homine*, sino por interpretación abierta y voluntarista de su competencia, considerando al principio interpretativo de normas una norma en sí, en calidad de principio general.

En Caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, los votos concurrentes de los jueces de la Corte consideran la evolutividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la obligación de los Estados de *no retroceder en materia de derechos otorgados*. La Comisión alegó que el Estado había violado esa obligación al dictar un Dcto. Ley que constituía “*un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas*”.

Cançado Trindade en voto razonado en el Caso *Caesar Vs Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, ha expresado con relación a la progresividad: “**1. La Humanización de la Ley de los Tratados.** 2. No es de sorprenderse

que las consideraciones básicas de la humanidad rodean los dominios recientemente surgidos de las leyes internacionales, tales como el de la protección internacional de los derechos humanos. Pero la incidencia de esas consideraciones sobre las áreas más tradicionales del derecho internacional, que **en el pasado eran abarcadas, casi invariablemente, desde el ángulo de la “voluntad” de los Estados**, es indicativo de nuevos tiempos y una nueva mentalidad centrada más bien en los últimos destinatarios de las normas internacionales, los seres humanos. 3. **El derecho de los tratados** merece una ilustración pertinente, revelando que **ya no está más a merced de la “voluntad” de los Estados** y que ella, también, reconoce ciertos valores comunes superiores que la comunidad internacional como un todo considera deben ser preservados. Algunos ejemplos pertinentes pueden ser encontrados en áreas del derecho de los tratados que se refieren a la interpretación de los tratados, reservas a los tratados, denuncia de tratados y terminación y suspensión de la operación de tratados (...). 6. **La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos ha sido guiada por las consideraciones de un interés general superior u orden public que trasciende los intereses individuales de las Partes Contratantes.** (...) La rica jurisprudencia sobre métodos de interpretación de los tratados de derechos humanos ha mejorado la protección del ser humano a nivel internacional y ha enriquecido el Derecho Internacional bajo el impacto del Derecho Internacional de Derechos Humanos. 8. Tal y como he ponderado en mi Voto Razonado en el caso de Blake Vs. Guatemala (reparaciones, 1999) ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, “(...) así, en materia de tratados de derechos humanos (...) la integridad de los tratados de derechos humanos, al buscar la realización de su objeto y propósito, y, por consiguiente, al establecer **límites al voluntarismo estatal** (...)”.

El “orden público”, no debe identificarse con el *jus cogens*, ya que, si bien el primero, en su núcleo duro, tiene en su base al *jus cogens*, surge de disposiciones normativas positivas dictadas por autoridad legítima.

En ciertos casos, la CteIDH ha ido más lejos y ha **coaccionado a los Estados**, obligándolos a comprometerse en un tratado, contraviniendo con ello el principio de “libre consentimiento” consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Por ejemplo, en el Caso *Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones y costas*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75, para. 50, al ordenar a Perú **“iniciar” el “procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad (...) dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”**. Si pensamos que la CteIDH “obliga” a un Estado a suscribir y ratificar tratados (en este caso, expresiones erróneas de la Corte, ya que Perú no había suscripto la Convención y al momento del “emplazamiento” ya estaba cerrada la posibilidad de suscripción, por lo que le estaba ordenando realizar actos imposibles) y luego los interpreta *ad libitum*, aun cuando se halle movida por los más altos objetivos de humanidad, lleva a pensar en excesos que no encumbran a la Corte.

Debe tenerse en cuenta que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados adhiere “a los principios de *libertad de consentimiento* y de la *buena fe* y la norma *pacta sunt servanda*” y que el consentimiento forzado que dé un Estado importa la nulidad *ab initio* del acto contractual del Estado. Recuérdese que una de las causales de nulidad de los tratados es la coacción sobre el Estado. Si bien, en este caso la coacción no se da por el uso de la fuerza

armada, se da por la fuerza de la presunta legitimidad de una sentencia judicial de autoridad judicial instituida, autoridad que presiona ilegítimamente, fuera del ámbito de su capacidad para “decir el derecho”. Si bien lo hace con un fin encomiable, la construcción normativa de los derechos humanos no ha sido delegada por los sujetos internacionales en los jueces de turno. La Corte se ha instituido en poder público internacional, autoridad legítima para establecer un orden público en materia de derechos humanos. Ello sería encomiable por su objetivo (independientemente de su condición de poder arbitrario, auto atribuido) si al decidir hubiese considerado los intereses del conjunto de seres humanos de la sociedad organizada estatal, regional o universal y no sólo el de las presuntas víctimas, contempladas aisladamente y, algunas veces, dejando a la vista matrices ideológicas (7).

Es a este tipo de entes especializados regionales o universales que la Corte Internacional de Justicia a partir del fallo bajo comentario ha abierto por primera vez una importante posibilidad de protagonismo a pesar de todas sus debilidades. Apertura, sin embargo, que desconoció poco tiempo después en la sentencia de 1 de abril de 2011 en el Caso de la *Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación. Excepciones Preliminares (Georgia v. Federación de Rusia)*, en el que se olvidó de “*dar gran consideración a la interpretación adoptada por [los organismos independientes especializados en materia de Derecho humanos]* (para 66 de la Sentencia en el caso Ahmadou Sadio Diallo), que habían entendido probados los actos de discriminación contra los georgianos en Osetia del Sur y Abjasia y la frustración del derecho al retorno de los georgianos a sus hogares, entre otras violaciones de derechos humanos. La CIJ, en actitud formalista, atendida al consensualismo estatal, se declaró no competente para entender en la demanda presentada por Georgia ante la Corte contra la Federación Rusa. Con ello puso en evidencia la volubilidad y uso acomodaticio y parcializado que dio al orden público de los derechos humanos, construido por los tribunales especializados.

Bien han señalado -en un reciente trabajo- von Bogdandy y Venzke (8) la necesidad de repensar la legitimación de esos entes especializados para ese tipo de pronunciamientos: “*And yet, developments in international adjudication demand a moment of contemplation and reconsideration that centres on the legitimacy foundations and their limits; not least so as to prevent international courts from falling victim to their own success.*”

II. Rol de los dictámenes de los organismos de derechos humanos especializados del ámbito universal y regional

El fallo de la Corte Internacional de Justicia que consideramos en esta nota, en sus paras. 66, 67 y 68: a) justifica su decisión en “*interpretación anterior () plenamente confirmada por la jurisprudencia del Comité de los Derechos Humanos establecido en el Pacto [In-*

(7) *V. supra* lo señalado con relación al “orden público” y la evolutividad del contenido de los derechos y deberes de la CADH, a la jurisprudencia *transicional* y al rol de la Corte como constructora de “valores comunes”.

(8) Von BOGDANDY, A. - VENZKE, I. “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority and Its Democratic Justification”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23 no. 1, 2012, p. 40.

ternacional de Derechos Civiles y Políticos]”; b) aclara que “el Comité de Derechos Humanos, desde su creación, ha desarrollado una jurisprudencia interpretativa considerable, sobre todo en lo que se refiere a las comunicaciones individuales”, confundiendo la naturaleza de los pronunciamientos del Comité al referirse a “jurisprudencia” para actos meramente recomendatorios; c) sienta la importancia de esos actos del Comité al señalar: que “debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado” y que “debe tener debidamente en cuenta la interpretación de ese instrumento por los órganos independientes creados especialmente con el fin de comprobar el correcto funcionamiento del tratado en cuestión”.

La CIJ hace referencia en el fallo de 30 de noviembre de 2011, a más del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la interpretación de organismos tales como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc., incorporando los pronunciamientos de esos organismos especializados independientes, a las labores de la Corte en calidad de una especie de fuentes de consulta del alto Tribunal. Decimos de “consulta”, ya que la Corte aclara que “no está obligad[a] en el ejercicio de sus funciones judiciales de ajustar su interpretación del Pacto al del Comité”, si bien agrega que debe dar gran importancia a los pronunciamientos de ese tipo de organismos especializados.

Es de observar que algunos tribunales en materia de Derechos Humanos han señalado que sus fallos son obligatorios en carácter de norma general para las partes en un tratado y no sólo para los litigantes (rol normativo de la sentencia). Así, en el Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú) Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió por unanimidad: “4. Declarar que las **leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos**”. *Fondo*. En la sentencia de 3 de septiembre de 2001, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) por unanimidad, decidió: “2. Que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26.479 y No. 26.492, lo resuelto en la sentencia de fondo [de 14 de marzo de 2001] en el caso *Barrios Altos* **tiene efectos generales**”. La decisión de que las leyes de amnistía “carecen de efectos jurídicos” y de que la sentencia de la Corte “tiene efectos generales” viene a modificar normas establecidas de Derecho internacional y constituir un nuevo principio de la jurisprudencia de los tribunales de Derechos humanos: la ejecutoriedad directa de los pronunciamientos de ese tipo de tribunales en el derecho interno de los Estados y el rol normativo de la jurisprudencia.

Los pronunciamientos de la CteIDH son *obligatorios e inapelables* para los Estados. Más aún, cada vez es mayor el número de Estados que considera que los fallos de la Corte deben ser *guía de interpretación de la Convención en el ámbito interno* (con carácter general), e incluso, que son *de observancia obligatoria*, debiendo el Estado al hacer el control de convencionalidad, incluir la jurisprudencia de la Corte por su calidad de intérprete última de la CADH, llegando a hablarse de “*imperio de la jurisprudencia interamericana en el orden interno*”.

El Juez de la CteIDH García Sayán (9) ha expresado que los “*Tribunales Latinoamericanos vienen nutriéndose de la Jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos.*”

Esos pronunciamientos son llamados no sólo a *orientar las decisiones judiciales*, sino también a la *creación, aplicación e interpretación de las normas internas*, los programas administrativos y *las prácticas nacionales*, tal como la propia Corte interamericana lo ha señalado.

En el caso *Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100., la CteIDH ha expresado: “118. *De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.*” Llama la atención que la Corte, en el numeral 118, haga referencia a los “principios generales del derecho” y al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para hacer “desprender” de ellos la supremacía de las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos por sobre las reglas e institutos de derecho interno. Es de observar que el pronunciamiento de la Corte se refiere a cualquier decisión y a cualquier órgano de protección internacional de los derechos humanos, lo que resulta falto de fundamento jurídico, ya que ningún instrumento internacional de derechos humanos ha consagrado una preeminencia de ese tipo. Ningún “principio general del derecho” -por su propia naturaleza, ya sea de carácter sustancial o procesal- está llamado a fundar derechos especiales como el de la protección de los derechos humanos o el del rol de los pronunciamientos de órganos dirigidos a esa protección. Además, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados establece que “(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, dispositivo que se refiere a las relaciones derecho interno-derecho internacional ante una potencial invocación de exclusión de ilicitud por parte del violador y siendo totalmente ajena a la situación de la aplicación de la CADH y a las consecuencias de violaciones de derechos o garantías consagrados en la misma. Por otra parte, el artículo referido es impropio para fundar una presunta primacía de las decisiones jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales sobre el derecho interno de los Estados., aspecto no considerado por la Convención.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) en numerosos fallos se ha referido al rol de los pronunciamientos de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, en particular, la CteIDH, la CIDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Así, en el Caso CSJN, -07/04/1995, *Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación*, la Corte ha expresado: “11) (...) *la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la*

(9) GARCÍA SAYÁN, Diego. “Una viva interacción: Corte Interamericana de Derechos Humanos y tribunales nacionales”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio “*La Corte IDH. Un Cuarto de Siglo (...)*”, op cit., pp. 325 y ss.

interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)”

En el Caso CSJN, 12/09/1996 *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación*, la Corte Suprema argentina ha equiparado la CIDH a la CteID al expresar: 8 (...) ***De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G.342.XXVI. “Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995 --La Ley, 1995-D, 462--)***. Llama la atención que la CSJN, en el párrafo 8 citado se refiera a “opinión” de la CIDH y, en el para 15 a “jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Tal como ya lo señaláramos, de conformidad al Derecho internacional, los pronunciamientos de la CIDH no son vinculantes, revistiendo el carácter de recomendatorios.

En el Caso *Viaña, Roberto s/ habeas corpus a favor del ciudadano Pablo Calvetti*, el fallo de la CSJN ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una ***“pauta muy valiosa”*** para la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos: (para 6).

En el Caso CSJN, 23/11/1995, *Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición* los Magistrados Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo a. Bossert, en voto separado, han contemplado la cuestión relativa a la jerarquía de la jurisprudencia internacional, recordando fallo anterior: ***“29. Que los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales (...) cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (confr. Fallos: 318:514, cons. 11) (...)”***

En el Caso CSJN, 08/09/2003 *Hagelin, Ragnar E.*, el Juez Boggiano, en voto separado, ha otorgado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el rol de fuente principal del derecho, al igual que lo ha hecho el fallo de la CSJN en el caso Videla considerado con anterioridad. Así, expresa: ***“6) Que, en el orden de ideas precedentemente expuesto, también ha de tomarse en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según ésta, la misma Corte tiene jurisdicción para determinar el alcance de un acuerdo homologado ante sus estrados y dilucidar cualquier controversia o diferencia que se suscite a su respecto, tal como lo resolvió en “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) v. Perú”, sent. del 30/11/2001, párr. 48º. Consiguientemente, el derecho aplicable resulta, en definitiva, la jurisprudencia interpretativa del ordenamiento americano de derechos humanos, esto es, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana”***

En el Caso CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, el fallo de la Corte ha expresado: ***“7. (...) (Q)ue respecto a esta cuestión la Corte Interamericana ha sostenido ‘que en un Estado democrático de derecho la juris-***

*dicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar’ (caso “Palamara Iribarne” sentencia del 22 de noviembre de 2005. CteIDH, Serie C N° 135, párr. 124; caso de la “Masacre de Mapiripán”, CteIDH, Serie C N° 134, 15 de septiembre de 2005, parr. 202; y caso “19 Comerciantes”, Serie C N° 109, 5 de julio de 2004, párr. 165). **Por tales razones corresponde desestimar los agravios del recurrente sobre este punto (...).**”*

Como se puede observar, en todos los casos señalados la Corte argentina ha seguido las pautas de la CteIDH, sin efectuar consideración alguna sobre la legitimidad del fundamento en el Derecho internacional que hace la Corte Interamericana. Incluso, en el Caso *Mazzeo*, llanamente, por el sólo hecho de haber “sostenido” la Corte algo, como si ello fuera norma directamente aplicable, entendió que era razón suficiente para decidir en igual sentido.

Volviendo a la CteIDH, en el Caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55. (Asunto vinculado a la reelección de Fuyjimori) la Corte ha expresado: “31. *La Corte Interamericana, como todo órgano con competencia jurisdiccional, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/ Kompetenz-Kompetenz)*. La Corte lo ha tomado como un deber y no como una prerrogativa autoadjudicada, aclarando que su competencia no puede ser condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, en tanto es “maestra de su competencia”. Olvida que es órgano de un acuerdo cuya competencia está limitada al rol asignado en el tratado y no órgano de una Organización Internacional con propósitos y fines a desarrollar a través de sus instituciones. A ello ha agregado otras facultaciones a su rol, no explícitamente pactadas por los Estados. Así, en el numeral 35 del caso de referencia, expresa: “35. *La aceptación de la competencia de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el art. 62.1 de la Convención (...)*. Ello ha llevado a la Corte, en varios casos, a considerar que ningún Estado puede desligarse de la competencia de la Corte por su voluntad, atento al valor superior del ordenamiento de protección de los Derechos humanos. Además a implicado la instauración del principio “lo que no está expresamente prohibido a la Corte, le está permitido”, propio de organizaciones internacionales de carácter federalizante (poderes implícitos (10)). Debe recordarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el Caso *Van Gend & Loos* (1963), cuando dispuso la eficacia directa de las normas comunitarias en el derecho interno, lo hizo arguyendo la delegación de competencias soberanas en las Comunidades y en la condición de órgano del sistema del Tribunal, responsable de hacer cumplir los objetivos y fines de la Organización.

(10) La teoría de los poderes implícitos ha tenido su origen en la jurisprudencia de países con régimen federal, para determinar los poderes delegados explícita o tácitamente y los reservados a los entes subestatales. En el plano internacional, se ha aplicado a Organizaciones Internacionales con personalidad jurídica propia. La primera vez que se consideró a ese nivel ha sido en la Opinión Consultiva de la CIJ relativa a *Ciertos Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*.

En conclusión, cuando la Corte Internacional de Justicia –sin consideración alguna a la legitimidad de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales de derechos humanos- da rango de jurisprudencia a esos dictámenes y recomendaciones, considerando que deben ser tomados en consideración por los Estados y por la propia Corte, lleva a su seno y adopta todo el complejo construido por esos órganos, a pesar de que los mismos, las más de las veces, han actuado en el marco de una justicia transicional, propia de períodos de cambio político (11), plena de inseguridades jurídicas. Paradójicamente, la CIJ en el fallo bajo consideración, expresamente señala que tal novedosa posición contribuye a la “seguridad jurídica” internacional (para 66), al evitar con ello la fragmentación negativa de la jurisprudencia y cuasi jurisprudencia de los órganos y organismos especializados, aspecto que consideraremos en el próximo título.

III. Rol de la CIJ en la relación derechos humanos y derecho internacional general (12)

La Corte Internacional de Justicia en el fallo del 30 de noviembre de 2010, bajo consideración, no sólo ha expresado que su posición reivindicativa e integradora de los pronunciamientos de los órganos especializados en materia de derechos humanos a nivel regional y universal hace a la “seguridad jurídica”, sino que ha “hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional”, asignándose así un rol integrador frente a la fragmentación del Derecho internacional, próximo a la idea del constitucionalismo internacional con base en la propia Corte (función constitucional de las cortes internacionales en términos de von Bogdandy y Venzke (13)).

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Informe sobre *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, del 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), para. 243, ha expresado: “243. La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional

(11) TEITEL, R. G., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94; TEITEL, R.G. “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation”, *Yale L.J* (1997), 106-7.

(12) Seguimos en esta parte del artículo lo expresado en nuestro trabajo “Derechos especiales/ regímenes autónomos y el Derecho internacional”, en *Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tecnos, Madrid, 2012 (Obtenible en www.acaderc.org.ar).

(13) “A constitutional function of international courts could best be supported within the broader framework of constitutionalism in international law. But notably, most variants within this strand of thinking pay very little attention, if any, to international courts as actors. They are geared above all towards strengthening the international level. Constitutionalism in international law then aims at reforming the institutions of world society by introducing more supranational elements (...) in a way that enables it legitimately to meet global challenges (...). This approach also understands the function of a number of international courts in constitutional terms, and some courts have also seen themselves vested with constitutional tasks.” Von BOGDANDY, A. - VENZKE, I. “In Whose Name? An Investigation of International Courts’ Public Authority (...)”, ob. cit., p. 22. V. asimismo, KIRCHNER, S. “Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?”, *German Law Journal* 5-1 (1 January 2004).

general' se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el 'derecho mercantil,' el 'derecho de los derechos humanos,' el 'derecho ambiental,' el 'derecho del mar,' el 'derecho europeo,' e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el 'derecho de las inversiones' o el 'derecho internacional de los refugiados,' etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones" (14).

La CDI en su proyecto sobre "Fragmentación del DIP" (citado precedentemente), si bien daba la impresión de estar dispuesta a ingresar en la "nueva" etapa a-jurídica (15), no alcanzó a profundizar en la temática y se limitó a un estudio de la fragmentación del DIP, moviéndose en el marco de las estructuras clásicas del análisis jurídico (con muy leves excepciones).

Entendemos que las múltiples ramas del Derecho Internacional Público (DIP) poseen un conjunto de valores propios que conllevan patrones particulares de construcción e interpretación normativa, de solución de conflictos, aspectos que tornan al sub-sistema coherente y comprensible en sí mismo, unitario, exclusivo, diferenciado del DIP. Además, ciertas dimensiones propias de su campo contribuyen a darle marca privativa, por ejemplo las condiciones y causas de surgimiento, las percepciones políticas de su complementación con otros campos, la priorización de valores e intereses, la doctrina jurídica que se va construyendo en torno a ellas. Tal como Cassese señalara con relación a uno de los derechos especiales, construyen una innovativa y particular "ingeniería legal" (16).

Es de observar que estas diversificaciones normativas en el ámbito del DIP, suelen designarse "derechos especiales" cuando son percibidos como sectores especializados tributarios de la teoría general del Derecho internacional, es decir, enraizados en el DIP como derecho de base y cuerpo general en el que asienta su teoría, constituyendo una "parcela" con particularidades propias (para una mejor atención del campo específico) pero no enteramente separadas de la disciplina madre (fragmentación positiva-jurídico-centrípeta). En cambio, las diversificaciones –más allá de las percepciones de la CDI-, concebidas como "regímenes autónomos", toman distinto perfil según sean consideradas por relativistas, reflectivistas, criticistas o constructivistas, oscilando su significado y

(14) Asamblea General, Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10).

(15) En 2000, la Comisión, después de un estudio de viabilidad (HAFNER, G. "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, anexo), decidió incluir el tema "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", en su programa de trabajo a largo plazo. En 2002 incluyó el tema en su programa de trabajo y conformó un Grupo de estudio sobre el tema, si bien cambió el título por el de "Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional". Aprobó una serie de recomendaciones, incluida la realización de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"". En 2003 formó un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema y nombró Presidente a Martti Koskenniemi en sustitución de Bruno Simma, quien había dejado de ser miembro de la Comisión al haber sido elegido Magistrado de la Corte Internacional de Justicia.

(16) CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 188 y ss.

alcance desde su percepción como disciplinas con “independencia normativa” a meras “narrativas no dispositivas.” Algunas corrientes teóricas perciben al Derecho internacional como derecho residual (fragmentación negativa-centrífuga), otras directamente niegan la existencia del Derecho internacional (visión sociológica).

Kleinlein (17) ha señalado que la “constitucionalización” del DI y las instituciones internacionales se debe a la tradición idealista de los doctrinarios (y políticos) y destaca múltiples dicotomías contemporáneas en la percepción del Derecho internacional. Así, recuerda los debates sobre el constitucionalismo, destacando que desde el punto de vista de Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein (*The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009) el constitucionalismo es una actitud y un mecanismo heurístico de corte jurídico, en tanto para Dobner y Loughlin (*The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010) la percepción es sociológica, centrada en la “erosión de la estatidad” y en la legitimación de regímenes jurídicos transnacionales.

El constitucionalismo internacional imponiéndose al del derecho interno también puede visualizarse en la misma sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Ahmadou Sadio Diallo, bajo consideración, particularmente, en el para. 70, al expresar el alto Tribunal: “[...]La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios*, Sentencia N° 14, 1929, CPJI Serie A N° 20, p. 46 y *Empréstitos brasileños*, Sentencia N° 15, 1929, CPJI Serie A No. 21, p. 124). Excepcionalmente, si Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta.” Este considerando puede entenderse que implica un pronunciamiento *contra legem*, si bien, en beneficio de la coherencia en las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Martineau recuerda la distinción entre el “saludable pluralismo” (diversificación) de la “peligrosa fragmentación” (regímenes autónomos, independientes, cerrados). El primero responde a la idea de sistema jurídico integrado y da respuesta al conflicto entre normas, jurisdicciones o dictámenes a través de la interpretación sistemática, integral, jerárquica, piramidal; en tanto el segundo responde a la idea de desintegración del DIP (18) y, más aún, a la desaparición del derecho como complejo normativo, atento a la negación del relativismo, criticismo y constructivismo de la capacidad racional del ser humano para discernir y concertar normas generales válidas para todos. El referido autor señala distintas etapas históricas de los procesos de constitucionalización/fragmentación del DIP, las que, básicamente pueden sintetizarse en: *1914-25: Confusión, elaboración de

(17) KLEINLEIN, Th., “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, *The European Journal of International Law (EJIL)*, 2010, Vol. 21 no. 4 2010, pp. 1075-1084.

(18) MARTINEAU, A.-Ch., “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22 (2009), pp. 1-28, en particular, p. 2.

herramientas para la unidad mundial (Kelsen; Scelle, Kaufmann, Alvarez); *1925-1939 Consolidación: neutralización de la fragmentación por medio de aproximaciones sistémicas (Strupp, Le Fur, Rousseau; Basdevant); *1939-1960: Fragmentación como espejo del mundo dividido (Reuter, De Vissher; Quince Wright); *1960-1989: Confianza: fragmentación como elemento de la construcción del “derecho común de la humanidad” (R.-J. Dupuy, Brownlie, Dubouis); *1989 a la actualidad: Confusión: Fragmentación como desencanto (pluralismo del fenómeno jurídico-fenómeno social multidimensional).

Reflexión final

Aparecen en este fallo de la Corte Internacional de Justicia contradicciones lógicas. Por un lado, el Tribunal se declara constitucionalista (racionalista), preocupado por la seguridad jurídica y la integración del derecho, haciendo pensar que percibe a la interpretación sistemática como llave maestra de la unidad entre el DIP y sus subdisciplinas (derecho especial), como también de su inserción en todo el Derecho con percepción general; por otro lado al colocar en rol relevante a los pronunciamientos de los órganos especiales en materia de derechos humanos con todo su bagaje acoge al fragmentarismo pluralista, post moderno, mutante, evolutivo, que busca adecuarse a las exigencias de la diversidad social y asentado en una visión *pro homine* amplia, ajena a la generalidad y estabilidad del racionalismo y la seguridad jurídica que privilegia el constitucionalismo.

SENTENCIA (19)

Tribunal: Corte Internacional de Justicia

Fecha: 30 de noviembre de 2010

Partes: República de Guinea v. República Democrática de Congo

La sentencia en forma completa es obtenible en www.icj-cij.org

Extractos de la Sentencia

13. Durante el curso del procedimiento escrito, fueron presentadas las siguientes conclusiones por las Partes:

A nombre del gobierno de Guinea,

En la Memoria (20):

La República de Guinea (RG) tiene el honor de solicitar a la Corte tenga a bien declarar y juzgar:

1.-que al proceder a la detención arbitraria y la deportación de su nacional Sr. Diallo, al no haber respetado en esa ocasión su derecho a beneficiarse de las disposiciones de

(19) El texto de la sentencia que da fe es la redactada en francés. Traducción de la autora de la nota.

(20) El texto de la Memoria se repite textualmente en la Réplica y en la audiencia de 28 de abril de 2010.

la Convención de Viena [1963] sobre Relaciones Consulares, sometiéndolo a un trato humillante y degradante, privándolo del ejercicio de sus derechos de propiedad y de la dirección de las empresas que él fundó en la República Democrática del Congo (RDC), impidiéndole perseguir el cobro de las numerosas acreencias que le son debidas a él personalmente y a las referidas empresas tanto por la propia República Democrática del Congo como por otros co-contratantes, no pagando sus propias deudas con él y sus empresas, la República Democrática del Congo ha cometido actos ilícitos que comprometen su responsabilidad frente a la República de Guinea;

2.-que, de conformidad a ello, al RDC está obligada a la reparación integral del perjuicio sufrido por la RG en la persona de Ahamdou Sadio Diallo;

3.- que esa reparación debe adoptar la forma de una indemnización que cubra el conjunto de los daños causados por los hechos ilícitos cometidos por la RDC, que comprende el lucro cesante y los intereses;

La República de Guinea pide además a la Corte le permita presentar una evaluación de la cuantía de la indemnización que le corresponde a la República Democrática del Congo en una fase posterior del procedimiento en caso de que ambas partes no logren ponerse de acuerdo sobre el importe en los seis meses posteriores a la sentencia.

A nombre del gobierno de la República Democrática de Congo,

En la Contramemoria (21):

A la luz de los argumentos anteriores y de la sentencia de la Corte de 24 de mayo 2007 sobre las excepciones preliminares, en la que el Tribunal declaró inadmisibles la presentación de Guinea en lo que hace a la protección del Sr. Diallo frente a los ataques a supuestos derechos de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, el Estado demandado solicita respetuosamente a la Corte que concluya y declare que:

1) la República Democrática del Congo no ha cometido actos internacionalmente ilícitos contra Guinea en lo que concierne a los derechos individuales del Sr. Diallo como persona;

2) República Democrática del Congo no ha cometido actos internacionalmente ilícitos contra Guinea en lo que concierne a los derechos propios del Sr. Diallo como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire;

3) en consecuencia, la solicitud de la República de Guinea no está fundada en hechos ni en derecho.

(21) En la Dúplica reitera idéntica formulación a la de la Contramemoria, haciendo presente la reserva expresa de su derecho a completar y comentar las cuestiones de hecho y de derecho, y a desconocer toda declaración que pudiera perjudicarlo. También es idéntica a la solicitud formulada en la audiencia del 29 de abril de 2010, si bien agrega en su parte final “por lo que ninguna reparación es debida”.

[La Corte considera que] (22)

54. Por regla general, corresponde a la parte que alega un hecho apoyar sus afirmaciones para demostrar la existencia de este hecho (véase, en último lugar, la sentencia en la causa relativa a *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, *Sentencia de 20 de abril 2010* para. 162).

Pero sería un error considerar que esta norma, inspirada en el adagio *onus probandi incumbit actori*, como una regla absoluta, aplicable en toda circunstancia. La carga de la prueba depende, en realidad, del **objeto y naturaleza de cada controversia** sometida a la Corte y varía conforme la naturaleza de los hechos que es necesario establecer a efectos de la sentencia en el caso.

65. Se desprende de la redacción de las disposiciones precedentes que la expulsión de un extranjero que se halla legalmente en el territorio de un Estado Parte de esas convenciones, no puede **ser compatible con sus obligaciones internacionales salvo que sea pronunciada conforme a “la ley”, es decir, la legislación nacional aplicable en la materia.**

El respeto al derecho interno condiciona en cierta medida al derecho internacional. Pero está claro que la “conformidad con la ley”, así definida, es una condición necesaria para el respeto de las disposiciones precitadas. Por un lado, **es necesario que la legislación nacional sea en sí misma compatible con los demás requisitos del Pacto [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y la Carta Africana [Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos], por otra parte, la expulsión no debe ser arbitraria (...).**

66. La **interpretación anterior es plenamente confirmada por la jurisprudencia del Comité de los Derechos Humanos** establecido en el Pacto para garantizar el cumplimiento de ese instrumento por los Estados Partes (véase, por ejemplo, en este sentido: *Maroufidou c. Suecia*, N° 58/1979, para. 9.3; *Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15: La situación de los extranjeros en el marco del Pacto*).

El Comité de Derechos Humanos, desde su creación, ha desarrollado una jurisprudencia interpretativa considerable, sobre todo en lo que se refiere a las comunicaciones individuales (...).

Aunque el **Tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales de ajustar su interpretación del Pacto** al del Comité, considera que **debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente**, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. Ello hace a **la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica**, que es un derecho de las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales.

(22) “Los resaltados pertenecen a la autora de la nota”.

67. Del mismo modo, **cuando la Corte es convocada** -como en el presente caso- para **aplicar un instrumento regional para la protección de los derechos humanos**, debe tener debidamente en cuenta la interpretación de ese instrumento por los órganos independientes creados especialmente con el fin de comprobar el correcto funcionamiento del tratado en cuestión. En este caso, la interpretación del artículo 12, apartado 4, de la Carta Africana, que se expone más arriba, es en consonancia con la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establecido por el artículo 30 de la Carta (véase, por ejemplo: *Kenneth Good contra la República de Botswana*, N° 313/05, para. 204 y *Organización Mundial Contra la Tortura y la Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Comisión Internacional de Juristas, la Unión Derechos Humanos Inter-Africano contra Rwanda*, N° 27/89, 46/91, 49/91, 99/93).

68. El Tribunal señala además que **la interpretación** del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Artículo I del Protocolo n° 7 y del artículo 22, apartado 6, respectivamente, de la Convención (Europea) para la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -disposiciones similares en esencia a las del Pacto y de la Carta Africana de la Corte-, en este caso, **es coherente** con lo expresado en el párrafo 65 *supra*, acerca de estas últimas disposiciones.

69. Según Guinea, la orden de expulsión contra el Sr. Diallo, desconoció el artículo 13 del Pacto y el artículo 12, apartado 4, de la Carta Africana, ya que no fue adoptada en conformidad con la legislación congoleña por tres razones: debió haber sido firmada por el Presidente y no por el Primer Ministro, debió haber sido precedida de consulta a la Comisión Nacional de Migración, debió explicar las razones de la expulsión, lo que no fue hecho.

70. La Corte no está convencida del primer argumento. Es cierto que el artículo 15 del Decreto-ley de Zaire de 12 de septiembre de 1983, el Presidente de la República, no el Primer Ministro, tiene el poder de expulsar a un extranjero. Pero la República Democrática del Congo afirma que desde la entrada en vigor de la ley constitucional 09 de abril 1994, las facultades conferidas por disposiciones legislativas específicas al Presidente de la República se han considerado transferidas al primer ministro -a pesar de que las disposiciones no habían sido formalmente modificadas- en virtud del artículo 80 segundo párrafo de la nueva Constitución, que establece que "el Primer Ministro ejerce el poder establecido por decreto librado por el Consejo de Ministros". El Tribunal recuerda que corresponde a cada Estado interpretar su derecho interno.

La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios, Sentencia N° 14, 1929, CPJI Serie A N° 20*, p. 46 y *Empréstitos brasileños, Sentencia N° 15, 1929, CPJI Serie A No. 21*, p. 124). Excepcionalmente, si Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, **corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta.**

72. (...) (L)a Corte considera que el decreto [de expulsión] no cumplió con los requisitos de la legislación congoleña por dos razones. En primer lugar, no fue precedida de una consulta a la Comisión Nacional de Inmigración, notificación exigida por el artículo 16 de la Ordenanza-Ley mencionada de policía de extranjería antes de cualquier orden de deportación contra un extranjero titular de una tarjeta de residencia (...).

En segundo lugar, el decreto de expulsión debería haber sido “motivado” con arreglo al artículo 15 de la Resolución legislativa del año 1983, es decir, debía indicar las razones de la decisión. El decreto se limita a afirmar que “la presencia y la conducta de [el Sr. Diallo] han debilitado y siguen poniendo en peligro el orden público de Zaire, especialmente en materia económica, financiera y monetaria (...)”. La fórmula utilizada por el autor del decreto es equivalente a una falta de motivación de la medida de expulsión.

73. La CIJ concluye así que sobre dos puntos importantes relativos a las garantías de procedimiento conferidas a los extranjeros por la legislación congoleña, y cuyo objetivo es proteger a las personas concernidas de los riesgos de la expulsión arbitraria, la expulsión del Sr. Diallo no se hizo “de conformidad a la ley” [...].

74. Además, la Corte encuentra que Guinea se halla justificada en sostener que el derecho reconocido por el artículo 13 al extranjero que está sujeto a una medida de expulsión “a hacer valer las razones en contra de su expulsión y a que su caso sea revisado por la autoridad competente” no ha sido respetado en el caso del Sr. Diallo [...]. Es cierto que, como la República Democrática del Congo ha señalado, el artículo 13 del Pacto hace una excepción al derecho del extranjero en caso de que se opongán “razones imperiosas de seguridad nacional”. La parte demandada alega que ése era precisamente el caso. Pero ella no aportó a la Corte ninguna información tangible para demostrar la existencia de esas razones “imperiosas”. Sin duda, en principio, corresponde a las autoridades nacionales evaluar los motivos de orden público que pueden justificar la adopción de tal o cual medida política. Sin embargo, cuando se trata de descartar una importante garantía de procedimiento dispuesto en un tratado internacional, no puede quedar sólo en manos del Estado en cuestión la apreciación de las condiciones que permiten excluir, de manera excepcional, dicha garantía. Corresponde al Estado demostrar que las “razones imperiosas” que exige el Pacto existen, o por lo menos que se podría concluir razonablemente que las circunstancias existían teniendo en cuenta las circunstancias que rodeaban la medida de expulsión.

En este caso, una demostración de ese tipo no fue hecha por la acusada.

Por este motivo, la Corte concluye que el artículo 13 del Pacto ha sido violado, con respecto a las circunstancias en las que Sr. Diallo fue expulsado.

77. De antemano, cabe hacer una observación general. Las disposiciones del Artículo 9, párrafos 1 y 2 del Pacto, así como las del artículo 6 de la Carta Africana, se aplican en principio a toda forma de arresto y de detención decidida y ejecutada por una autoridad pública, cualquiera que sea su fundamento jurídico y la finalidad perseguida (véase en este sentido, en cuanto al Pacto, el **comentario general del Comité** de Derechos Humanos N° 8 de 30 de junio 1982, relativo al derecho a la libertad y a la seguridad de

la persona (Comité de Derechos Humanos Pacto, observación general N° 8: artículo 9 (derecho a la libertad y a la seguridad de la persona). Estas disposiciones no tienen un alcance limitado a los procedimientos penales; también se aplican, en principio, a las medidas privativas de libertad adoptadas en virtud de un procedimiento administrativo, tales como las que pueden ser necesarias con el fin de dar ejecución a una medida de deportación forzosa de un extranjero del territorio nacional. En esta última hipótesis, poco importa que la medida en cuestión sea calificada por la ley interna de “expulsión” o “*refoulement*”. Es diferente sólo en lo que respecta a la exigencia del apartado 2 del artículo 9, que la persona arrestada sea “informada de cualquier acusación” en su contra, una exigencia que sólo tiene sentido en el contexto de un procedimiento carácter penal.

79. El artículo 15 de la Ordenanza Legislativa de 12 de septiembre de 1983 sobre la policía de inmigración, en la versión vigente en el momento del arresto y la detención del Sr. Diallo, prevé que el extranjero “que presumiblemente haya de sustraerse a la ejecución” de una orden de deportación puede ser detenido por un período inicial de cuarenta y ocho horas, el que puede ser “extendido en cuarenta y ocho horas por vez, pero la detención no podrá exceder de ocho días”. La Corte encuentra que el arresto y la detención del Sr. Diallo no se han ajustado a esas disposiciones. No hay indicios de que las autoridades de la RDC hayan tratado de determinar si el Sr. Diallo podía “ser presumido de escapar a la ejecución” del decreto de expulsión y, en consecuencia, era necesario detenerlo. El hecho de que no haya tratado de evadir la deportación después de su liberación 10 de enero 1996, permite suponer que no había ninguna necesidad real para proceder a su detención. El período total de su detención ha sido sesenta y seis días a partir de su primer arresto y a lo menos seis días adicionales a partir del segundo arresto, supera con creces el máximo admitido por el artículo 15. Además, la República Democrática del Congo no presentó ninguna prueba tendiente a demostrar que la detención fue objeto de examen cada cuarenta y ocho horas, como lo exige la referida disposición.

80. La Corte estima igualmente [...] que el arresto y la detención del Sr. Diallo fueron arbitrarias en el sentido del Artículo 9, apartado 1, del Pacto y el artículo 6 de la Carta Africana.

84. Sin embargo, Guinea tiene razón al afirmar que el derecho del Sr. Diallo a ser “informado, en el momento de su detención de las razones de la misma” -derecho garantizado en todos los casos, cualquiera fuera el motivo de la detención-, ha sido violado.

90. En virtud del artículo 36, apartado 1, inciso b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares:

“Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, será asimismo

transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

91. Estas disposiciones son aplicables, como surge de sus términos, a cualquier privación de la libertad, cualquiera sea su naturaleza, incluso fuera del contexto de la investigación de un delito penal. Son en consecuencia aplicables a este caso, lo que la República Democrática del Congo no discute.

96. En cuanto a la afirmación de la República Democrática del Congo [...] según la que el Sr. Diallo había sido “informado verbalmente” de sus derechos desde el momento de su detención, la Corte no puede dejar de señalar que llegó muy tarde en el proceso, en tanto la cuestión estuvo involucrada desde el principio, y no fue acompañada de la más mínima evidencia para corroborarla. La Corte no puede en consecuencia prestarle crédito.

97. En consecuencia, la Corte considera que ha habido violación por parte de República Democrática del Congo del artículo 36, párrafo 1, inciso b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

161. La Corte recuerda que “la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría existido si dicho acto no se hubiese cometido” (*Fábrica de Chorzów, Méritos*, Sentencia N° 13, 1928, CPJI, Serie A, N° 17, p. 47). Cuando ello no fuere posible, la reparación puede tomar “la forma de indemnización o satisfacción”, véase “indemnización y satisfacción” (*Plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*), sentencia de 20 de abril de 2010, para. 273). En las circunstancias específicas del caso, sobre todo, **visto el carácter fundamental de las obligaciones de los derechos humanos violados** y la solicitud de indemnización formulada, la Corte considera que, además de la determinación judicial de las violaciones cometidas, la reparación a Guinea debe adoptar la forma de una indemnización.

162. En este sentido, en sus conclusiones finales, Guinea ha pedido a la Corte que suspenda determinar el importe de la compensación para que las Partes puedan alcanzar una solución concertada. En el caso de que las Partes no lo logren dentro de los seis meses siguientes a la sentencia de la Corte, Guinea ha solicitado autorización para presentar una evaluación del monto de la indemnización al tribunal a los fines que el mismo pueda decidir sobre la cuestión “en una fase posterior del proceso” [...] (23).

165. Por estas razones,

La Corte:

[...].

(23) El plazo de los seis meses feneció el 30 de mayo de 2011, sin que las partes alcanzaran acuerdo en materia de compensación. Por ordenanza de 20 de septiembre de 2011 la Corte manifestó que bastaría la presentación escrita de pretensiones de las partes para determinar la compensación. Fijó los días 6 de diciembre de 2011 como fecha límite para la presentación de la memoria de Guinea y el 21 de febrero de 2012 para la contramemoria de Congo.

2) Por unanimidad,

Dice que, dadas las circunstancias en que el Sr. Diallo fue deportado el 31 de enero de 1996 del territorio congoleño, la República Democrática del Congo ha violado el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12, apartado 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos;

3) Por unanimidad,

Dice que, dadas las circunstancias en que el Sr. Diallo fue detenido y encarcelado en 1995-1996 para su expulsión, la República Democrática del Congo ha violado el artículo 9 apartados 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos;

4) Por trece votos contra uno,

Dice que al no informar sin demora al Sr. Diallo, durante su detención en el período 1995-1996, sus derechos en virtud del apartado b) del apartado 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la República Democrática del Congo ha violado sus obligaciones en virtud de ese párrafo;

A favor: Sr. Owada, Presidente; el Sr. Tomka, vice-presidente; Jueces Señores Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; juez *ad hoc* Sr. Mahiou. *En contra:* Mampuya juez *ad hoc*;

5) Por doce votos contra dos,

Rechaza las conclusiones de la República de Guinea relativas a las condiciones en las que el Sr. Diallo fue detenido y encarcelado en 1995-1996 para su expulsión; *A favor:* Sr. Owada, Presidente; Sr. Tomka, vice-presidente, Jueces Señores Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mampuya, juez *ad hoc*. *En contra:* Juez Cançado Trindade, Juez *ad hoc* Mahiou;

6) Por nueve votos contra cinco,

Dice que la República Democrática del Congo no ha violado los derechos del Sr. Diallo como socio de Africom-Zaire y Africontainers el Zaire;

A favor: Sr. Owada, Presidente, el Sr. Tomka, vice-presidente; Señores Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Skotnikov, Greenwood, Jueces; Mampuya juez *ad hoc*; *En contra:* Jueces Señores Al-Khasawneh, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf; Sr. Mahiou, juez *ad hoc*.

7) Por unanimidad,

Dice que la República Democrática del Congo tiene la obligación de brindar una reparación adecuada en forma de indemnización a la República de Guinea por las consecuencias perjudiciales de las violaciones resultantes de las obligaciones internacionales contenidas en los apartados 2 y 3 del presente párrafo;

8) Por unanimidad,

Decide que, si las Partes no logran ponerse de acuerdo sobre de lo dispuesto precedentemente en el plazo de seis meses de dictada la sentencia, la cuestión de la indemnización debida a la República de Guinea será resuelta por la Corte, reservándose a tal efecto la continuación del procedimiento (24). ♦

(24) Los Jueces AL-KHASAWNEH, SIMMA, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE y YUSUF agregaron una declaración conjunta a la sentencia; los Jueces AL-KHASAWNEH y YUSUF agregaron opinión disidente; los Jueces KEITH et GREENWOOD agregaron una declaración común; el Juez BENNOUNA agregó opinión disidente; el Juez CANÇADO TRINDADE agregó opinión individual; el Juez *ad hoc* MAHIOU agregó opinión disidente; el Juez *ad hoc* MAMPUYA agregó opinión individual.